
HD

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

freien Hansestädte

zu **Lübeck.**

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der freien Hansestädte.

Jahrgang 1869.

1. Heft.



Lübeck.

Ferdinand Grautoff.

1870.

Lübeck. I.

In Strafsachen wider E. G. Hoche aus Zeitz, wegen Urkundenfälschung, Versuchs des Betruges und verbotswidriger Rückkehr, nunmehr Restitution betreffend.

Vgl. № 97 des vorigen Jahrganges.

Das Ober-Appellations-Gericht ertheilte unterm 12. Jan. 1869 zum Bescheid:

in Erwägung:

daß zwar auf das Restitutionsgesuch des Angeschuldigten die resp. die Restitutionen ganz ausschließenden oder beschränkenden Bestimmungen des § 27 der Competenz-Verordnung für das Ober-Appellations-Gericht von 1865, welcher ein von diesem über den Cassations-Antrag des Beschwerdeführers, also ein in der Sache selbst abgegebenes Erkenntniß, voraussetzt, während hier das Ober-Appellations-Gericht die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeschuldigten wegen Desertion des Rechtsmittels abgelehnt hat, keine Anwendung leiden;

daß jedoch gegen etwanige von den Anwälten bei der ihnen obliegenden Partei-Vertretung durch ihr Handeln begangene Versehen eben so wenig nach dem gegenwärtig in Geltung befindlichen Strafproceß-Recht Restitution ertheilt werden darf, wie solche Restitutionsertheilung nach dem bis zur Einführung des Anklageverfahrens gültig gewesene Recht für statthaft erachtet wurde, indem vielmehr die Strafproceßordnung von 1862 und die Competenz-Verordnung für das Ober-Appellations-Gericht von 1865 keiner anderen Restitution gegen Versäumnisse oder Versehen bei der Rechtsver-

tretung Erwähnung thun, als der Restitution gegen Versäumung von Fristen,

Straf-Proceßordn. § 146,
Competenz-V. § 12,

daß das von dem Angeschuldigten am 4. d. Mts. gestellte Restitutionsgesuch, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung desselben in die dadurch erwachsenen Kosten als unzulässig zu verwerfen sei, und soll das Ober-Gericht der Freien Hansestadt Lübeck um Eröffnung dieses Bescheides an den Angeschuldigten ersucht, auch dem Staatsanwalt eine Abschrift des Restitutionsgesuches und dieses Bescheides zugestellt werden.

---

2. Hamburg.

Dr. **H. A. Stavenüter** zu Hamburg, mand. noie. **H. Jänicke** daselbst, Kläger, wider **J. H. Lorenz** ebendaselbst, Beklagten, Forderung aus einem Baucontract betreffend.

Beurtheilung eines Baucontractes, namentlich mit Rücksicht auf die Frage, wann ein Gebäude als „in allen seinen Theilen fertig" anzusehen ist.

Conformität. Haben die vorigen Instanzen in der Hauptsache verschieden, in Betreff des Kostenpunktes gleichförmig erkannt, so ist in Betreff des Letzteren keine Rechtskraft erzeugende Conformität im Sinne des Hamburgischen Rechtes anzunehmen.

Rechtsfall. Der Kläger hatte den Bau eines Hintergebäudes für den Beklagten übernommen, und in einem darüber aufgemachten Baucontract war bestimmt worden, daß

die Bausumme von 13,500 ℔ in drei Terminen bezahlt werden solle, von denen der Letzte mit Crt. ℔ 6625. dann, wenn das Gebäude in allen Theilen fertig und abgeliefert sei, entrichtet werden mußte. Außerdem hatte Beklagter sich verbindlich gemacht, für kleinere näher angegebene Bauveränderungen und Nebenarbeiten dem Kläger noch einen Betrag von 152 ℔ 8 ß zu vergüten.

Unter der Erklärung, daß das Gebäude Mitte Juni 1867 fertig abgeliefert sei, und er nicht nur die beiden ersten Termine, sondern auch a conto des dritten Termines bereits 3000 ℔ erhalten habe, fordert der Kläger nunmehr Bezahlung des Restes von 3625 ℔ und des Nebenpostens von 152 ℔ 8 ß.

Von Seiten des Beklagten ward die Vollendung des Baues bestritten, vielmehr unter Bezugnahme auf einen schon früher von ihm erhobenen Protest die Einrede des nicht erfüllten Contractes geltend gemacht, zu deren Erledigung es aber vorgängig des Ausspruchs von Schiedsmännern bedürfe, denen im Baucontracte die Erledigung etwaiger Differenzen zugewiesen sei.

Am 7. October 1867 erkannte das Niedergericht, daß die Sache vorgängig wegen Erledigung der über die Ausführung der klägerischen Arbeiten obschwebenden Differenzen an die von den Parteien in Gemäßheit des Contractes ernannten Schiedsmänner zu verweisen sei, übrigens aber Beklagter die eingeklagten 3777 ℔ 8 ß zu deponiren habe; denn aus den Ausstellungen, die er gegen die klägerischen Arbeiten erhebe, ergebe sich deutlich, daß bona fide nicht von Nichtvollendung des Baues, sondern nur von mangelhafter Ausführung desselben die Rede sein könne. Unter diesen Umständen müsse aber Beklagter seine in quanto gar nicht streitige Gegenleistung sicherstellen.

Auf Appellation des Beklagten ward dies Erkenntniß vom Obergericht zwar im Uebrigen bestätigt, dagegen die Depositionsauflage wieder aufgehoben, da theils der Kläger selbst auf Deposition nicht angetragen, theils bis zum Ausspruch

der Schiedsmänner noch kein Theil der klägerischen Forderung liquide sei.

Am 7. October 1867 gaben nun die Schiedsmänner ihr Gutachten dahin ab, daß zwar nicht alle vom Beklagten erhobenen Monituren begründet, dagegen aber doch noch verschiedene Arbeiten, resp. Nacharbeiten vom Kläger zu prästiren seien, welche sie, falls etwa der Beklagte darauf verzichten sollte, dieselben von dem Kläger selbst beschafft zu sehen, zu einem Gesammtbetrage von 495 ℔ schätzen müßten. Auf dieses Gutachten gestützt, beantragte nunmehr der Kläger vor dem Niedergericht, daß Beklagter in die Bezahlung der eingeklagten 3777 ℔ 8 ß, abzüglich der erwähnten 495 ℔, verurtheilt werde. Das Gericht erkannte jedoch am 23. März 1868, daß der Kläger zur Zeit abzuweisen, dabei jedoch festzustellen, daß Beklagter nach Beschaffung der im Gutachten aufgeführten Restarbeiten von Seiten des Klägers schuldig sei, demselben den eingeklagten Betrag zu bezahlen. Denn die Voraussetzung der Fälligkeit der letzten Terminszahlung, daß nämlich der ganze Bau vollständig fertig, sei nach dem Ausspruch der Sachverständigen noch nicht eingetreten, und Beklagter habe erklärt, daß er auf Beschaffung der Arbeiten durch den Kläger bestehe.

Das Obergericht dagegen verurtheilte den Beklagten am 22. Mai 1868 in die Bezahlung von 3282 ℔ 8 ß und wies den Kläger mit seiner Restforderung von 495 ℔ ab. Denn auch nach dem Ausspruch der Sachverständigen handle es sich nicht um einen in wesentlichen Theilen unfertigen, sondern nur in Einzelnheiten mangelhaften Bau; ein Grund, die ganze Restsumme vorzuenthalten liegt somit nicht vor. Dagegen hätte Kläger, um die 495 ℔ fordern zu können, die fraglichen Arbeiten liefern müssen, und habe nunmehr, nachdem er dies seit dem 7. Oct. 1867 zu thun versäumt, sein Recht verloren, während Beklagter auf Beschaffung dieser Arbeiten eine Wiederklage, deren es bedurft hätte, nicht angestellt habe.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward am 16. Ja-

nuar 1869 das Erkenntniß des Niedergerichts vom 23. März 1868 im Uebrigen wiederhergestellt, jedoch der Beklagte verpflichtet, dem Kläger den oben erwähnten Betrag von 152 ℳ 8 ß für kleinere Nebenarbeiten unter theilweiser Compensation der Kosten zu bezahlen, und zwar aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Ob das Verlangen des Beklagten, welches in der Hauptsache auf Herstellung des Erkenntnisses des Niedergerichts vom 23. März v. Js. gerichtet ist, den Rechten entspreche, hängt von der Auffassung ab, welche den in Abs. 3 § 13 des Baucontracts vom 4. Decbr. 1866 enthaltenen Worten beigemessen wird, wornach der dritte Termin der Bausumme fällig wird, wenn das Gebäude in allen seinen Theilen fertig und abgeliefert ist.

Das Obergericht nimmt in Uebereinstimmung mit rat. 2 des N.-Ger.-Erk. vom 7. Octbr. 1867 an, der Bau sei einzelner Mängel ungeachtet vollendet, müsse abgenommen und bezahlt werden, jedoch unter Kürzung des in dem Gutachten der Sachverständigen ausgeworfenen Werths der Besserungen. Dieser z. B. von Crt.ℳ 495. falle ganz aus, für Beklagten, weil er keine Wiederklage auf Abhülfe der Mängel angestellt, für Kläger, weil dieser durch Unthätigkeit seit dem 7. October 1867 seinen Anspruch auf diese Arbeit verwirkt habe. Diese Auffassung konnte jedoch dem Sinne des Baucontracts nicht für entsprechend erachtet werden; vielmehr gebührt der jetzigen Auffassung des Niedergerichts der Vorzug.

Auszugehen war bei der Beurtheilung der obgedachten Stipulation des § 13 davon, daß nach ausdrücklicher Willensmeinung der Contrahenten für die Bezahlung des Rest's der Bausumme nicht bloß grobe, sondern selbst weniger erhebliche Unfertigkeiten von Bedeutung sein sollten. Denn wenn die einzelnen Arbeiten eines Baues mit der Genauigkeit aufgeführt werden, wie solches §§ 3 bis 10 des Contracts ersichtlich ist, und nun bedungen wird, etwa die Hälfte der Bausumme solle bezahlt werden, wenn das Gebäude in allen seinen Theilen fertig sei, so muß angenommen werden,

die Pflichten des Bauherrn sollten durch eine recht vollständige Erfüllung der Pflichten des Uebernehmers bedingt sein.

Der Beklagte hat nun die Ablieferung des Baues in seiner Vernehmlassung erster Instanz in Abrede gestellt und die vorgängige Abhülfe einer Reihe von Ausstellungen verlangt. Es ist demgemäß zu der nach § 16 des Baucontracts erforderlichen Beurtheilung durch Sachverständige gekommen, und diese haben, in ihrem am 7. October einstimmig abgegebenen Erachten, jene Ausstellungen theilweise für begründet erklärt und hinzugefügt, daß falls der Bauherr auf deren Abhülfe abseiten des Uebernehmers verzichten sollte, sie deren Geldwerth auf Crt. ℔ 495. schätzen würden. Durch dieses Erachten ist klargestellt, daß der Bau noch nicht als fertig angesehen werden kann, mithin die Bedingung, an welche die Zahlung des dritten Termines gebunden ist, noch nicht in Erfüllung ging. Auch ließ sich nicht annehmen, die Dinge, deren Nachholung der Bauherr zu verlangen berechtigt sein soll, seien von so geringfügiger Bedeutung, daß um deßwillen der Zahlungstermin der Restsumme nicht aufgeschoben werden dürfe. Einmal nämlich konnte der Auffassung nicht beigepflichtet werden, daß die constatirten Mängel nicht geeignet seien, den übernommenen Bau als einen unfertigen erscheinen zu lassen. Fertig ist Etwas erst dann, wenn das, was geliefert werden muß, nach Quantität und Qualität gehörig geliefert ist; wenn es sich in einem Zustande befindet, welcher die Berechtigung ausschließt, die Ablieferung abzulehnen. Zu einer Unterscheidung zwischen Dingen, welche fehlen, und solchen, welche mangelhaft geliefert sind, ist hier kein Grund vorhanden. Sodann aber zeigt auch die nach dem eigenen Urtheil der Sachverständigen Zwecks Beseitigung der Unfertigkeit zu verwendende Summe von Crt. ℔ 495., daß es sich nicht um absolute Minutien handelt.

Die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages war daher für begründet und erwiesen zu erachten; und namentlich konnten die von dem Ober-Appellations-Gericht früher ausgesprochenen Grundsätze,

B. Precht w. Hartmann Wwe. 10. April 1856 (Bd. 3 S. 482 bis 484),

in Beihalt der obigen Ausführung über den Inhalt der vorliegenden Stipulation hier nicht als zutreffend angesehen werden, ganz abgesehen von den Verschiedenheiten der in jenem Fall und in diesem geltend gemachten Mängel, sowie davon, daß das Beziehen einer nicht fertigen Wohnung, deren Vollendung zu einer bestimmten Zeit versprochen ist, sehr wohl im Interesse des Bauübernehmers geschehen sein kann, um diesen von sonstigen Schadensansprüchen zu befreien.

Nur dann also würde der Beklagte von der Berechtigung, dem erhobenen Anspruch den Einwand mangelnder Contractserfüllung entgegenzusetzen, ausgeschlossen sein, wenn er auf solche ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet haben sollte. Eine dahin gerichtete Replik ist formell in der Eingabe vom 3. Februar 1868 nicht vorgeschützt, und jedenfalls materiell nicht zu beachten. Es steht fest, daß der Beklagte nicht ausdrücklich erklärt hat, er werde gegen den mehrgenannten Betrag das Fehlende am Bau nachholen lassen. Eine dahin gehende unbedingte Erklärung war auch im Protest vom 29. Juni 1867, № 5 S. 3 der Nieder-Gerichts-Acten, nicht zu finden. Es steht ferner fest, daß der Bauherr nicht verpflichtet ist, die zur Vollendung eines Baues erforderlichen Schlußarbeiten selbst besorgen zu lassen. Es ist Sache des Unternehmers, seine Arbeit fertig abzuliefern, wenn er die Gegenleistung verlangen will. Und es ist endlich klar, daß der Unternehmer, nachdem durch Sachverständige constatirt ist, der Bau sei noch nicht ablieferungsreif, sich erbieten muß, das Fehlende nachzuliefern, beziehungsweise zu verbessern, wenn er einen Anspruch auf Zahlung erheben will. Der Unternehmer hat seine Dienste anzubieten, und nicht der Bauherr sie zu fordern, um Jenen zum Verlangen der Gegenleistung zu berechtigen. Nur dann, wenn Handlungen des Bauherrn vorliegen, aus denen sich entnehmen läßt, das Erbieten des Unternehmers werde erfolglos sein, oder der Bauherr habe die Absicht, die Vollendung selbst zu be-

sorgen, würde der sofortigen Geltendmachung der gekürzten Bausumme nichts entgegenstehen. Allein nach keiner von beiden Richtungen liegen Handlungen des Beklagten vor. Die Sachverständigen hatten für den Fall, „daß Lorenz auf die Nachlieferungen Jänicke's verzichten sollte," diese auf Crt. ℔ 495. geschätzt. Diese Erklärung hatte offenbar den Zweck, den Parteien Gelegenheit zu geben, gütlich von einander zu scheiden. Daß aber der Beklagte die Absicht gehabt, von dieser Gelegenheit Gebrauch zu machen, dafür liegt nichts vor. Sein Schweigen während einiger Monate ist, nachdem er zuvor die Herstellung im Protest verlangt, ohne Bedeutung. Wollte Kläger sich darüber vergewissern, was Beklagter beabsichtige, so hatte er ihn deßfalls zu befragen, eventuell zur Herstellung des Fehlenden Anstalten zu machen.

Eben so wenig war in der früher von dem Beklagten geleisteten Zahlung zum Betrage von Crt. ℔ 3000. ein Verzicht auf die Vorschrift von § 13 Abs. 3 des Baucontracts zu finden, diese Zahlung mag mit dem Beklagten als Vorschuß, oder mit dem Kläger als a conto-Zahlung aufgefaßt werden. Denn auch bei letzterer Auffassung läßt sich nicht annehmen, der Beklagte habe sich dadurch vor der Vollendung des Baues bereit erklärt, von dem Inhalt des § 13 Abs. 3 über den Betrag des Bezahlten hinaus und bis zu dem Betrage des Unvollendeten abzusehen.

Die Replik des Verzichtes war demnach theils als unbegründet, theils als nicht genügend substantiirt zu verwerfen.

Schließlich mußte dem Kläger gegenüber Zweierlei hervorgehoben werden. Davon, daß die Sachverständigen ausgesprochen hätten, der Bau sei fertig und abzunehmen, steht in dem Gutachten kein Wort. Auch war das Niedergericht, welches am 7. October 1867 in Betreff der eingeklagten Forderung für den Bau auf gerichtliche Hinterlegung der Bausumme erkannte, und in diesem Punkte von dem Obergericht seiner Zeit reformirt ward, keineswegs verbunden, der rat. 2 seines früheren Erkenntnisses halber jetzt den Beklagten zu verurtheilen. Nur auf Hinterlegung ward

damals erkannt, und zwar deßhalb, weil der Klaganspruch liquide sei. Allein mit Unrecht. Denn wenn der Beklagte eine Anzahl von Monituren geltend machte, so leugnete er damit, daß die Bedingung des § 13 Abs. 3 bereits eingetreten sei, und von einer Liquidität des Anspruchs konnte keine Rede sein. Jedenfalls aber fällt die Liquidität derzeit hinweg, wo es durch den Spruch der Sachverständigen feststeht, daß, um das Gebäude in allen seinen Theilen fertig und zur Ablieferung geeignet zu machen, noch eine Anzahl von Arbeiten erforderlich wird, die sich auf den Betrag von Crt. ℔ 495. belaufen.

War sonach das vorige Erkenntniß zu beseitigen, welches auf Grund der ersten Hälfte der ersten Beschwerde des Klägers in voriger Instanz das Niedergerichtsurtheil aufgehoben hat, so mußte nunmehr dessen eventuelle Beschwerde in voriger Instanz geprüft werden. Der Kläger verlangt hier:

1) sofortige Verurtheilung des Beklagten in den Betrag von Crt. ℔ 152. 8 ß für Nebenarbeiten; und diesem Verlangen war zu entsprechen. Denn die Arbeiten sind geliefert, und der § 13 Abs. 3 bezieht sich auf dieselben nicht. Auch konnte nicht angenommen werden, daß durch die von dem Beklagten dem Kläger geleistete Zahlung von Crt. ℔ 3000. der Letztere wegen dieser Forderung bereits befriedigt sei. Denn nach dessen Angabe war diese Summe eine Abschlagszahlung auf die letzte Terminssumme. Dem hat nun freilich der Beklagte dadurch widersprochen, daß er dieselbe nur als Vorschuß bezeichnet, also als ein dem Kläger gegebenes Darlehen. Allein um damit die gedachten Crt. ℔ 152. 8 ß zu tilgen, hätte es einer ausdrücklichen deßfallsigen Erklärung des Beklagten bedurft, an welcher es fehlt. Insoweit mußte also von dem ersten Erkenntniß in der Hauptsache abgewichen, und eine Verurtheilung des Beklagten ausgesprochen werden. Der Kläger verlangt

2) die Zahlung des Restes bis auf den Betrag von Crt. ℔ 495. in gerichtliches Depositum, mit der Befugniß, jenen und diese nach Beschaffung der Nachlieferungen, bezie-

hungsweise Verbesserungen, zu heben, beziehungsweise zu fordern. Den weiter gehenden, schwer begreiflichen Antrag in erster Instanz, betreffend Hinterlegung selbst der Crt. ℔ 495., hat Kläger in voriger Instanz also aufgegeben. Aber auch seine beschränkteren Anträge sind nach obiger Ausführung unbegründet. Der Beklagte braucht die dritte Zahlung nicht eher zu leisten, als bis das Gebäude fertig und zur Ablieferung geeignet ist. Er ist weder zur Zahlung an den Kläger, noch zur Hinterlegung im Gericht verbunden. Auch Letzteres nicht: da es sich in Beihalt aller Umstände keineswegs behaupten läßt, daß seine Zahlungsweigerung auf Chicane beruhe.

Anlangend sodann die Nebenpunkte, und zwar zunächst die Kosten erster Instanz, so konnte der Auffassung des Klägers nicht beigetreten werden, daß deren Vergleichung durch gleichförmige Entscheidungen der vorderen Instanzen rechtskräftig feststehe, auf die Beschwerde des Beklagten in der Restitutionsinstanz mithin derzeit nicht weiter einzugehen sei. Denn das Ober-Appellations-Gericht hat sich bereits in

H. Hertz w. Hertz, October 1835,

dahin entschieden, daß, wenn beide vorigen Erkenntnisse bei verschiedener Beurtheilung der Hauptsache gleichförmig über den Kostenpunkt erkannt haben, das Ober-Appellations-Gericht dessen ungeachtet in Betreff des Kostenpunktes bei seiner Entscheidung freie Hand habe. In materieller Beziehung dagegen war die Beschwerde im Wesentlichen für begründet zu erklären, da Kläger mit dem erhobenen Anspruch zur Zeit abgewiesen wird, und mithin die Kosten des ersten Verfahrens zu tragen hat; indem es hiefür darauf, daß einzelne Monituren des Beklagten von den Sachverständigen verworfen sind, überall nicht ankommt. Es war indessen bei vorliegender theilweiser Begründung des klägerischen Anspruchs ein Viertel dieser Kosten zu vergleichen, während die Vergleichung der in beiden höheren Instanzen erwachsenen Kosten eine Folge des Wechsels der Erkenntnisse ist.

Hamburg. 3.

Carl Heine zu Hamburg, Kläger, wider **C. Herrscher** daselbst, Beklagten, wegen Injurien.

Ein Prätur-Erkenntniß vom 29. Juni 1868 hatte den Kläger mit der erhobenen Injurienklage ab und zur Ruhe verwiesen, weil eine gegenseitige Schimpferei vorliege, bei welcher der Beklagte das letzte Wort behalten, sonach Kläger zur Anstellung einer Injurienklage nicht berechtigt sei, weil er sich selbst Genugthuung genommen habe, und bei gegenseitigen Schimpfereien nach der Parömie: „verba non dantur ad mensuram" auf das Maß des hinc inde Empfangenen nichts ankomme.

Das Obergericht nahm an, daß zu den gegenseitig einander aufhebenden Schimpfreden noch eine fernere angebliche, eine neue selbstständige Beleidigung enthaltende Aeußerung des Beklagten hinzugekommen sei, für welche dem Kläger eine vom Beklagten zu leistende Satisfaction nur dann zu versagen wäre, wenn entweder die in Betracht kommenden Verhältnisse des Klägers die fragliche Aeußerung als gerechtfertigt oder doch als entschuldigt erscheinen lassen würden, oder Kläger vorher sich einer anderweiten beleidigenden Aeußerung gegen den Beklagten schuldig gemacht hätte, und demzufolge dem Beklagten die Einrede der Provocation, resp. Compensation, zur Seite stände. — Demgemäß wurden beiden Parteien Beweise auferlegt, resp. nachgelassen, bei welchen es das Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 16. Januar 1869 mit einigen Modificationen beließ.

---

4. Bremen.

Gebrüder Lohe zu Bremen, Kläger, wider die Assecuranz-Gesellschaft **„Weser“** daselbst, vertreten durch ihren Director **Fr. J. Becker,** Beklagte, Assecuranz-Forderung betreffend.

Nach dem gegenwärtigen Stande dieser Sache genügen hier folgende wenige Angaben.

Die Kläger nahmen bei der beklagtischen Gesellschaft am 1/8. August 1867 Jahresversicherung: 3500 ℛ auf behaltene Fahrt und/oder Frachtgelder pr. Schiff Johanne, Capt. Hansloop, vom 6. August 1867 bis dahin 1868 „nach den gedruckten vom 1. Januar 1854 an gültigen Bedingungen.“ Die Johanne ist am 29. October 1867 im Hafen von St. Thomas verloren gegangen. Kläger haben auf Grund des Vorstehenden von dem Beklagten Zahlung der gesammten gezeichneten Summe von 3500 ℛ gefordert, Beklagter aber hat eine Ersatzverbindlichkeit nur bis zum Betrage von 2933 ℛ 22 Grt. anerkannt. Dies aus dem Grunde, weil das Interesse der Kläger nur auf einen Betrag dieser Größe sich belaufe. Kläger glaubten nach dem Wortlaut der Police und der Bremischen Assecuranz-Praxis sich jede Kürzung auf die gezeichnete Summe verbitten zu dürfen, und haben die ihnen gekürzten 566 ℛ 50 Grt. durch eine beim Handelsgericht erhobene Klage verfolgt. Das Handelsgericht hat den Weigerungsgrund des Beklagten (da Wett-Assecuranzen verboten seien) gebilligt und die Kläger mit ihrer Klage abgewiesen. Dawider appellirten diese an das Obergericht und erwirkten ein condemnatorisches Erkenntniß. Als nun hiergegen wiederum der Beklagte Appellation ergriff, bestritten Kläger die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels. Das Ober-Appellations-Gericht hat hierauf am 26. Januar 1869 erkannt, wie folgt:

in Erwägung:

daß die der Klage zu Grunde liegende, von der Beklagten als echt anerkannte Police die Bestimmung enthält, daß die den Klägern gegenüber von der Beklagten übernommene Ersatzverbindlichkeit im Schadensfalle „nach den gedruckten vom 1. Januar 1854 an gültigen Bedingungen" erfüllt werden solle;

daß eine dieser „Bedingungen," diejenige des § 78, ihrem klaren, von der Beklagten vergeblich angezweifelten Verständnisse nach, dahin geht, daß jede etwaige gegen ein Obergerichts-Erkenntniß an das Ober-Appellations-Gericht zu richtende Appellation an zwei Voraussetzungen geknüpft sein solle, erstens, daß durch das Obergerichts-Erkenntniß ein Urtheil des Handelsgerichts abgeändert sein müsse, und zweitens, daß der Gegenstand der Beschwerde auf mindestens Tausend Thaler sich belaufe;

daß zwar die erste dieser Voraussetzungen hier vorhanden ist, nicht aber die zweite, indem der Streitgegenstand überhaupt nur 566 ℛ𝓉 50 Grt. ausgemacht hat;

daß die Kläger die angezogene Bestimmung des § 78 wirklich für sich geltend gemacht und auf Grund derselben beantragt haben, die gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 3. September vor. Js. seitens der Beklagten ergriffene Ober-Appellation zu verwerfen;

daß die Wirksamkeit eines im Voraus vertragsmäßig vereinbarten Verzichts auf eine eventuelle Appellation, welche nach allgemeinen Proceßgrundsätzen statthaft sein würde, nicht bestritten werden kann,

L. 5 § 6 D. de temp. app. 7, 63;

daß auch die besonderen Anführungen, durch welche die Beklagte den § 78 als auf die vorliegende Appellation unanwendbar darzustellen versucht, grundlos sind, indem die von ihr bestrittene Unterordnung der Parteien unter die sämmtlichen in den „Bedingungen" enthaltenen Bestimmungen, soweit nicht einzelne derselben durch besondere Clauseln außer Kraft gesetzt worden sind, nach der Wortfassung der Police

und der Art, in welcher die Bedingungen in der Assecuranz-Praxis Bremens notorisch zur Anwendung kommen, keinem Zweifel unterliegt;

ferner darin, daß die Kläger in dem Termine der Appellations-Notification vom 17. September vor. Js. den Notifications-Act geschehen ließen, ohne Widerspruch zu erheben, ein Verzicht derselben auf die Wirksamkeit des § 78 um so weniger gefunden werden kann, als die Kläger in dem damaligen Termine über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Appellation zu verhandeln nicht verpflichtet waren;

endlich die Erwähnung des von Condemnationen handelnden § 38 der Bedingungen in dem schriftlichen Theil der Police durch den Umstand veranlaßt worden ist, daß nach dem Inhalt der Versicherung der § 24, welcher abgesehen von den besonderen Verabredungen der Parteien maßgebend in Betreff eines Condemnationsfalles gewesen wäre, nicht seinem ganzen Umfang nach anwendbar war, wie denn selbst abgesehen hievon die Behauptung der Beklagten, daß die Anführung eines gewissen Paragraphen in der Police den Schluß rechtfertige, alle anderen Paragraphen hätten außer Kraft gesetzt werden sollen, völlig hinfällig ist, und ein Gleiches von den Anführungen gilt, welche die Beklagten in Betreff einzelner Theile der Proceßverhandlungen gemacht hat,

erkennt das Ober-Appellations-Gericht der Freien Hansestädte für Recht:

daß zwar die Förmlichkeiten der wider das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Bremen vom 3. September 1868 ergriffenen Appellation für gewahrt zu achten, diese aber als nicht anher erwachsen, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung der Beklagten in die Kosten dieser Instanz zu verwerfen sei.

Lübeck. 5.

Johannes Gustav Eckengreen zu Lübeck, Kläger, wider **Johann Jacob Christian Schabbel** daselbst, Beklagten, wegen Herausgabe eines Schuldscheines.

Beurtheilung eines Rechtsfalles, in welchem der Beklagte sich darauf berief, daß der Kläger ein von dem Ersteren zu seinen Gunsten ausgestelltes Verpflichtungs-Document freiwillig vernichtet habe.

Novation. Wird eine ältere mit Hypothek versehene Schuld durch Novation aufgehoben, so ist es dem Gläubiger unbenommen, durch ausdrücklichen Vorbehalt sich das alte Pfandrecht mit dessen Priorität für die neue Forderung zu conserviren.

Rechtsfall. Der Kläger, welcher an den Beklagten aus verschiedenen Hypothekwechseln 22,115 ℔ und außerdem auf Buchschuld 15,500 ℔ zu fordern, und dabei Aussicht hatte mit seinem ältesten Hypothekwechsel, groß 15,000 ℔, zu voller Befriedigung zu gelangen, war einem von seinem Schuldner proponirten außergerichtlichem Accorde nur unter der Bedingung beigetreten, daß ihm unter weiterer Verbürgung ein Pfandposten von 7000 ℔ in das Haus des Beklagten inscribirt und außerdem ein neuer Hypothekwechsel von Ct. ℔ 8000. (auf dessen nähere Bestimmungen es nicht ankommt) ausgestellt, auch vom Beklagten die Verpflichtung übernommen werde, den Rest der klägerischen Forderung, sobald er dazu im Stande sein werde, zu bezahlen. Ueber diese letzte generelle Verpflichtung, sowie über die nach Beitritt zum Accorde zu beschaffende Ausstellung des Hypothekwechsels von 8000 ℔ hatte Beklagter einen Revers ausgestellt, dem ein Formular des Wechsels, wie er demnächst auszufertigen sei, angefügt

war. Als nun der Kläger dem Accorde am 18. Februar 1868 durch seine Unterschrift unter dem Accordquittungsbogen beitrat und bei diesem Acte seine alten Wechsel vernichtete, zerriß er aus Versehen auch den ihm von dem Beklagten ausgestellten oben erwähnten Revers. Beklagter, der selbst nicht gegenwärtig war, als der Kläger seine Unterschrift leistete und die alten Documente vernichtete, beeilte sich, als er wahrnahm, daß sich unter diesen Letzteren auch der fragliche Revers befinde, dem Kläger schriftlich für diese Liberalität zu danken, worauf dieser, auf das von ihm irrthümlich geschehene Zerreißen aufmerksam geworden, sofort die Herausgabe des Reverses von dem Beklagten verlangte, und sodann zur Klage schritt, in welcher er, unter der Bemerkung, daß ihm der Hypothekposten zugeschrieben sei, und er sich wegen der sonstigen Verpflichtung des Beklagten sein Recht vorbehalte, auf Auslieferung eines vom 18. Februar 1868 datirten, vom Beklagten zu vollziehenden Hypothekwechsels, groß Ct. ℔ 8000., nach dem in dem Reverse aufgenommenen Inhalt antrug.

Das Stadt- und Landgericht erkannte am 17. April 1868 der Klagbitte gemäß, vom Obergerichte ward das vorige Urtheil am 18. Juni 1868 zwar im Uebrigen bestätigt, dagegen festgestellt, daß der vom Beklagten dem Kläger auszuliefernde Hypothekwechsel nicht vom 18. Februar 1868, sondern von dem Tage, an welchem er von dem Beklagten ausgestellt werde, zu datiren sei, denn eine Verpfändung sei damals eben noch nicht erfolgt und ein Vordatiren des Wechsels zur Erlangung einer besseren Priorität Dritten gegenüber würde gesetzlich unzulässig sein.

Auf fernere Berufung des Beklagten und Adhäsion des Klägers stellte jedoch das Ober-Appellations-Gericht unter dem 26. Januar 1869 das Erkenntniß der ersten Instanz wieder her, aus folgenden

Entscheidungsgründen.

I. Die Beschwerde des Beklagten, daß nicht auf Abweisung der Klage erkannt sei, ist eine völlig unbegründete.

Es steht durch ausdrückliches Zugeständniß des Beklagten fest, daß der Kläger im Jahre 1867 im Ganzen 37,625 ℔ und davon 22,125 ℔ auf vier Hypothekwechsel an den Beklagten zu fordern hatte, daß er jedoch darauf rechnen konnte, wenn es mit demselben zum Concurse kommen würde, mit seinem ältesten Hypothekwechsel von 15,000 ℔ zur vollen Hebung zu kommen; daß er daher, um diesen Posten jedenfalls zu retten, sich zwar bereit erklärt hat, dem vom Beklagten proponirten außergerichtlichen Accord zu 20 resp. 15% formell, zum Scheine, beizutreten, aber erst, nachdem der Beklagte für den Fall des Zustandekommens des Accords sich verpflichtet hatte, von jenem Wechselbetrage 7000 ℔ in sein Backhaus inscribiren zu lassen, und in einem schriftlichen Reverse, so viel jetzt in Frage steht, die Verbindlichkeit eingegangen war, über den weiteren Betrag von 8000 ℔ ihm einen neuen Hypothekwechsel des Inhalts, wie der Kläger ihn näher angegeben hat, auszustellen. Es steht ferner fest, daß der Accord zu Stande gekommen, die Bedingung jenes Pactums also erfüllt ist, und der Kläger in Folge dessen dem Beklagten seine sämmtlichen vier älteren Hypothekwechsel zurückgegeben hat.

Wenn daher der Beklagte der auf Ausstellung des versprochenen neuen Hypothekwechsels über 8000 ℔ gerichteten Klage die Einrede opponirt, es habe der Kläger durch einen liberatorischen Vertrag den Beklagten von der Verpflichtung zur Ausstellung dieses Wechsels entbunden, so wird man einen um so bündigeren Beweis dieser Einrede erwarten dürfen, je mehr dieselbe mit den obigen Thatsachen im Widerspruch zu stehen scheint.

Gleichwohl macht der Beklagte dafür nur geltend

A. den Umstand, daß der Kläger, nachdem er bereits früher dem Accorde formell beigetreten sei, am 18. Februar 1868 den Accordsquittungsbogen unterzeichnet und in Folge dessen den obgedachten Revers ausgeliefert habe.

Diesem Acte fehlt aber gradezu Alles, was erforderlich ist, um den behaupteten liberatorischen Vertrag zu beweisen. Denn

1) wenn auch der Quittungsbogen, welcher dem Kläger an jenem Tage zur Unterzeichnung vorgelegt worden ist, wie der Beklagte schon in erster Instanz behauptet hat, besagt haben sollte, daß die Unterzeichner desselben — denn er sollte allen Gläubigern vorgelegt werden — nach Empfang der 20 resp. 15 % „für ihre gesammten Forderungen und Ansprüche, welche ihnen, aus welchem Rechtsgrunde es sei, gegen den Beklagten zugestanden, vollständig quittirten, und den Beklagten aller bis dahin gegen sie eingegangenen Verbindlichkeiten enthöben, so kann das, da es nur die Ausführung des Accords war, von vorne herein nur von einem Verzicht auf diejenigen Forderungen verstanden werden, auf welche sich eben der Accord bezog, nicht aber auf solche, welche dem Kläger, der dem Accorde nur zum Scheine beigetreten war, nach einem besonderen Pactum beim Zustandekommen des Accords erst erworben werden sollten. Jedenfalls konnte der Kläger nach Maßgabe dessen, was zwischen ihm und dem Beklagten vereinbart war, das Quittungsformular nicht anders verstehn. Um den behaupteten liberatorischen Vertrag überall möglich zu machen, hätte dem Kläger also bei der Verhandlung am 18. Februar ausdrücklich bemerkt werden müssen, daß unter den Verbindlichkeiten, deren er den Beklagten durch seine Quittung entheben solle, auch die kraft des Separatvertrags in dem fraglichen Reverse eingegangene gemeint sei. Nun aber ist nicht nur die in erster Instanz in der Replik vom Kläger gemachte Angabe, daß bei der Verhandlung am 18. Februar vom obgedachten Reverse gar keine Rede gewesen sei und nicht habe sein können, weil die sämmtlichen Personen, welche damals zugegen gewesen, von dessen Existenz nichts gewußt hätten, vom Beklagten in seiner Duplik nicht geleugnet, also als eingeräumt anzunehmen, daher die in jetziger Instanz aufgestellte Behauptung, daß dem Mitcomparenten Fischer jene Kenntniß allerdings beigewohnt habe, nicht zu beachten ist; sondern es hat der Concipient des Appellationslibells, Dr. Rittscher, welcher

seiner eigenen Angabe nach die damaligen Verhandlungen mit dem Kläger ausschließlich geführt hat, in dieser Instanz ausdrücklich bekannt, daß ihm die ganze zwischen den Parteien getroffene besondere Verabredung (über die Ausstellung des Wechsels von 8000 ℔ ꝛc.) damals völlig unbekannt gewesen sei.

2) Hätte dieser liberatorische Vertrag aber auch an und für sich unter den obgedachten Personen damals zu Stande kommen können, so würde doch der Beklagte daraus kein Recht erworben haben, weil es an einem Vertreter desselben, der diese Wirkung hätte erzeugen können, fehlte. Der Dr. Rittscher bezeichnet Namens des Beklagten als einen solchen keine andere Person als sich selbst. Allein ohne allen Grund. Er behauptet selbst nur, einer der von den Gläubigern des Beklagten, und wie er später hinzufügt, auch von diesem gewählten Administratoren der Bäckerei desselben gewesen zu sein. Und daß er, wenn auch, wie er beiläufig angiebt, im Allgemeinen mit dem Versuche einen Accord zu Stande zu bringen betrauet, doch kein specielles Mandat zum Abschluß des fraglichen liberatorischen Vertrags gehabt hat und gehabt haben kann, folgt schon daraus, daß er eingestandenermaßen von dem Gegenstande eines solchen nichts wußte. Eben deßhalb kann aber auch von einer, wie er meint, von ihm geübten negotiorum gestio nicht die Rede sein, da man kein negotium geriren kann, von dem man nichts weiß.

B. Ebenso grundlos ist die fernere Behauptung des Beklagten, daß, wenn event. die Rückgabe des Reverses als ein selbstständiger liberatorischer Act aufgefaßt werden könnte, zu welchem der Kläger durch die auf einem factischen Irrthume beruhenden Vorstellungen des Dr. Rittscher bewogen worden, auch dann diese, doch immer wissentlich geschehene Herausgabe und die darin liegende Schenkung deßhalb nicht würde vom Kläger angefochten werden können, weil, was aus einem irrthümlichen Bewegungsgrunde geschenkt sei, nicht wieder zurückgefordert werden könne.

Denn hat der Kläger den Revers, in der irrigen Voraussetzung dazu verbunden zu sein, herausgegeben, so

liegt darin, eben weil der animus donandi fehlte, gar keine Schenkung. Vielmehr kann er dann, auf seinen Irrthum sich stützend, den Revers mittelst der indebiti condictio zurückfordern.

Auch unterliegt es allen Umständen nach wohl kaum einem Zweifel, daß die Rückgabe des Reverses mit den alten Wechseln auf einem reinen Versehen beruht, was noch dadurch bestätigt wird, daß, nach dem eigenen Anführen des Beklagten, der Kläger sofort nach Empfang des Dankschreibens des Ersteren zu diesem geeilt und die Zurückgabe des Reverses als versehentlich ausgeliefert verlangt hat.

Anlangend

II. die Adhäsionsbeschwerde des Klägers, daß nicht mit dem Stadt- und Landgericht der Beklagte verurtheilt sei, dem Kläger einen vom 18. Februar 1868 datirten Hypothekwechsel auszustellen, so war dieselbe

A., da die Appellation des Beklagten, welcher auf Abweisung der Klage anträgt, gegen den ganzen Inhalt des vorigen Erkenntnisses gerichtet ist, für formell statthaft zu erachten.

Ob.-App.-Ger.-Ordn. § 135.

Auch stellt sich dieselbe

B. als materiell begründet dar:

1) Allerdings zwar irrt der Kläger, wenn er meint, durch die Vereinbarung mit dem Beklagten habe er seine alte, vom 19. März 1856 datirende hypothekarische Wechselforderung von 15,000 ℔ mit ihrer Priorität conservirt, so daß, wenn wegen des Accordes, dem er nominell beigetreten, der neue Wechsel von 8000 ℔ das Datum vom 18. Februar 1868 erhalte, dies nicht sowohl ein Antedatiren, als ein Nachdatiren sein würde. Es ist vielmehr nach Maßgabe jener Vereinbarung die alte Wechselforderung mit ihrer Generalhypothek durch Novation erloschen. Dies kann in Betreff der 7000 ℔, welche in das Haus des Beklagten als Pfandposten inscribirt worden sind, nicht dem mindesten Zweifel unterliegen; ebensowenig aber in Betreff der 8000 ℔, über

welche der neue Hypothekwechsel auszustellen war, indem nach dessen vereinbartem Inhalt, wie der Kläger ihn selbst angiebt, der Wechsel erst nach 24 Monaten und alljährlich nur zum Betrage von 10 % kündbar und vierteljährlich zu verzinsen war: lauter von gewöhnlichen Hypothekwechseln, wie der alte war, ganz abweichende Bestimmungen.

Ferner

2) vermeint der Kläger mit Unrecht, daß selbst für diese novirte Wechselforderung die alte vom 19. März 1856 datirende Generalhypothek noch bestanden habe. Zwar ist es möglich, auch dann, wenn die alte durch eine Hypothek gesicherte Hauptforderung durch Novation erlischt, sich durch einen ausdrücklichen Vorbehalt das alte Pfandrecht mit dessen Priorität für die neue Forderung zu conserviren.

L. 11 § 1 D. de pign. act.

L. 3 L. 12 § 5 D. potiores in pignore L. un. C, etiam ob Chirograph. pecun.

Allein in dem neuen Hypothekwechsel, wie er unter den Parteien vereinbart worden, findet sich ein solcher Vorbehalt nicht.

Man bedarf aber auch, da es sich hier nur von dem zwischen den gegenwärtigen Parteien bestehenden Rechtsverhältniß, nicht von dem etwaigen Recht Dritter handelt, jener Gründe nicht, um zur Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses zu gelangen; denn

3) es steht fest, daß der Beklagte verpflichtet war, nach Zustandekommen des Accords dem Kläger gegen Auslieferung der alten Wechsel den neuen Hypothekwechsel auszustellen. Unbestrittenermaßen hat aber nach Zustandekommen des Accords am 18. Februar 1868, wo der Kläger den Quittungsbogen unterzeichnete, die Auslieferung der alten Wechsel abseiten des Klägers stattgefunden. Folglich trat mit diesem Momente die Verpflichtung des Beklagten zur Ausstellung des neuen Hypothekwechsels in Kraft. Wenn also jetzt der Beklagte schuldig erkannt wird, einen vom 18. Februar datirten Hypothekwesel auszustellen, so wird er

nur zu dem verurtheilt, was er am 18. Februar zu thun verpflichtet war, und mithin kann von einer unerlaubten Vordatirung, wie die Lübecker Concursordnung § 138 sub e sie im Auge hat, nicht wohl die Rede sein.

---

6. Hamburg.

J. A. Th. Barckhan, nunmehr Dr. **E. E. Lübbers** mand. noie. **Georg Heinrich Dangers** zu Hamburg, Kläger, wider **K. C. F. Krüger** daselbst, Beklagten, wegen Auskehrung eines Provenü's von circa Ct.✗ 8000.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte am 28. Januar 1869 ein Erkenntniß des Obergerichts vom 12. Juni 1868 aus den folgenden, zugleich das Factum genügend darlegenden

Entscheidungsgründen.

Es steht durch conforme Entscheidungen rechtskräftig fest, daß dem Beklagten obliegt, alternativ zu beweisen:

entweder:

daß der klägerische Mandant G. H. Dangers im Mai 1867 mit ihm dahin übereingekommen sei, daß Ersterer die von ihm angestellte — — — Klage zurücknehmen wolle, und Jeder seine eigenen Proceßkosten zu tragen habe,

oder:

daß die Unterschrift „G. Dangers" unter dem beigebrachten Revers vom 11. Mai 1867 (Anl. E.) von dem klägerischen Mandanten G. H. Dangers persönlich geleistet sei.

Die Frage ist nur, ob, der zweiten Beweisalternative gegenüber, dem Kläger — wie, nach Maßgabe der eventuellen Beschwerde desselben in voriger Instanz, vom Obergerichte geschehen ist — neben dem directen Gegenbeweise auch noch der Beweis nachgelassen werden durfte:

daß Beklagter dem klägerischen Mandanten die Anl. E zusammengefalzt zur Unterschrift vorgelegt, und Kläger dieselbe unterschrieben habe, ohne vom oberen Absatze derselben, welcher die klägerische Erklärung in Betreff des vorliegenden Processes enthält, Kenntniß zu haben.

Beklagter bestreitet die Statthaftigkeit dieser Beweisnachlassung deßhalb, weil Kläger eine entsprechende Behauptung gar nicht vorgebracht oder dieselbe doch jedenfalls wieder zurückgenommen habe. Diese Beschwerde erscheint jedoch unbegründet:

I. Stellt man sich auch auf den Standpunkt des Beklagten, daß das Obergericht der gedachten Beschwerde des Klägers nur dann habe entsprechen dürfen, wenn Kläger eine specielle Behauptung des fraglichen Inhaltes bereits in erster Instanz aufgestellt habe, so muß doch

A. diese Behauptung als vorliegend angenommen werden. Läge freilich weiter nichts vor, als die Aeußerung des Klägers auf S. 10, 11 seiner Vernehmlassung, so würde es für sehr bedenklich erachtet werden müssen, darin eine genügende Behauptung zu finden. Denn wenn es auch für zulässig erachtet werden muß, daß eine Partei Thatsachen, von welchen sie keine sichere Kunde haben kann, in Gestalt einer bloßen Vermuthung vorbringt:

arg. Notar.-Ordn. v. 1523 Thl. III. § 4,
K.-G.-O. v. 1555 Thl. I. Tit. 70,
J. R. A. § 49,

so muß doch immer aus ihrem Vortrage so viel zu entnehmen sein, daß sie auf diese Thatsachen eine rechtliche Intention stützen und daher auch nöthigenfalls den Beweis derselben übernehmen will. Gerade an dieser Absicht aber scheint es hier zu fehlen. Wenn Kläger an der angeführten Stelle sagt: „Es gebe zwar eine Möglichkeit (nämlich den vom Obergerichte zu Beweis verstellten Hergang), daß die Unterschrift der Anl. E ächt sei; — aber man dürfe nicht annehmen, daß der Beklagte sich einer solchen Schurkerei, einer solchen niederträchtigen Betrügerei schuldig gemacht habe, wie

die Voraussetzung für die Aechtheit der fraglichen Unterschrift bilden würde," und wenn er dann weiterhin es dem Gerichte anheimstellt, ob wegen der Anl. E eine Criminaluntersuchung einzuleiten sein möchte, so liegt es nahe, dieses Vorbringen in seiner Gesammtheit dahin aufzufassen, daß Kläger, wenn er auch die Möglichkeit des fraglichen Zusammenhanges erkennt, doch seinerseits einen solchen Zusammenhang, um der Ehre des Beklagten nicht zu nahe zu treten, nicht — auch nicht einmal vermuthungsweise — behaupten, sondern es lediglich dem Ermessen des Richters anheimgeben wolle, ob dieser sich vielleicht zu einem Einschreiten von Amtswegen veranlaßt finden werde. Allein im Beihalte des sonstigen Inhalts der Erklärung läßt sich dem fraglichen Vorbringen auch eine andere Bedeutung abgewinnen. Kläger, der behauptet: er habe einen Vergleich, resp. Verzicht, wie Anl. E im ersten Absatze ihn enthält, niemals abgeschlossen und zu keiner Zeit unterzeichnet, dagegen zugesteht, einen dem zweiten Absatze der Anl. E vollkommen gleichlautenden Schuldschein unterschrieben zu haben, hat, schon ehe er zu der vorher besprochenen Aeußerung kam, ganz allgemein erklärt: „Er müsse den Vergleich sammt Unterschrift für untergeschoben, falsch oder gefälscht erklären." Das Wort „sammt" hat man nicht nothwendig in dem Sinne zu nehmen, daß damit Urkunde und Unterschrift als ein untrennbares Ganzes bezeichnet und die Aechtheit beider gleichzeitig in Abrede gestellt werden sollte. Dasselbe läßt vielmehr — namentlich im Hinblicke auf das vorerwähnte theilweise Leugnen, theilweise Zugeständniß des Klägers, eine Urkunde vom Inhalte der Anl. E unterschrieben zu haben — sehr wohl auch das Verständniß zu, daß Kläger die alternative Behauptung aufstellen wollte: Entweder sei die Unterschrift unter Anl. E nicht die seinige (wo es dann auf den Inhalt der Urkunde nicht weiter ankam), oder der die Verzichtserklärung enthaltende erste Theil der Urkunde selbst sei untergeschoben, in welchem Falle es sich von selbst verstand und also nicht erst noch ausdrücklich hervorgehoben zu werden

brauchte, daß die unter den zweiten Theil der Anl. E — das Schuldbekenntniß — gesetzte Unterschrift ächt sei. Eine solche alternative Behauptung muß, unter Verhältnissen der vorliegenden Art, für vollkommen statthaft erachtet und, nach dem Grundsatze, daß die Vorträge der Parteien in dem dem Vortragenden günstigsten Sinne aufzufassen sind, hier angenommen werden. Alsdann aber stellt sich das Vorbringen nur als weitere Ausführung der einen, bereits vorher behaupteten Alternative dar, und es kann aus der Bemerkung: man dürfe nicht annehmen, daß der Beklagte sich einer solchen Schurkerei ꝛc. schuldig gemacht u. s. w., nicht mehr gefolgert werden, daß Kläger die fragliche Behauptung gar nicht aufzustellen beabsichtigte. Diese Bemerkung erscheint vielmehr nur als Verwahrung gegen die Absicht, den Beklagten durch eine solche, nur alternativ und in Form einer bloßen Vermuthung vorgebrachte Behauptung beleidigen zu wollen. So hat auch Beklagter selbst die Sache aufgefaßt, indem er in seiner Gegenvernehmung das fragliche Vorbringen als eine „aufgestellte Vermuthung" bezeichnet, wegen deren er sich die Injurienklage reservire. Hätte man die fragliche Intention des Klägers aber auch nur als zweifelhaft anzusehen, so würde doch die in voriger Instanz erhobene zweite Beschwerde, die gerade darauf ging, daß die fragliche Bemerkung als eine vom Kläger vorgeschützte civilprocessualische Vertheidigung aufgefaßt und behandelt werde, eine noch statthafte Erläuterung dieser Intention enthalten.

B. Die Zurücknahme der fraglichen Behauptung soll

1) in der bei der persönlichen Vernehmung des Klägers ohne Vorbehalt abgegebenen Erklärung liegen: „daß die unter der Anl. E befindliche Unterschrift nicht die seinige und er bereit sei, dieses zu beeidigen." Allein nach Inhalt des niedergerichtlichen Bescheides vom 15. Juli 1867 hatte sich Kläger nur über die Aechtheit seiner Unterschrift unter Anl. E zu erklären, und es kann ihm daraus, daß er sich streng auf diesem Punkt beschränkte, kein Präjudiz erwachsen. Er hat dadurch, daß er nunmehr die Aechtheit seiner Unterschrift

entschieden in Abrede stellte, auf die alternativ aufgestellte Behauptung, daß ein Theil der Urkunde untergeschoben sei, nicht verzichtet. Diese Behauptung nimmt nur durch jenes bestimmtere Leugnen, statt des bloß alternativen, einen eventuellen Charakter an.

2) Ein Fallenlassen der fraglichen Behauptung findet Beklagter ferner darin, daß es im Appellationslibell voriger Instanz heißt: klägerischer Mandant wolle der Bestreitung der Aechtheit der Unterschrift unter Anl. E jetzt noch beifügen: „daß dasjenige Papier, auf welchem er den Schuldschein unterschrieben, eine ganz andere Färbung hat, als die Anl. E." Diese Angabe stehe im directen Widerspruche mit der Behauptung einer Fälschung oder betrügerischen Vorenthaltung des Inhaltes der Urkunde, welche Behauptung ja gerade die Aechtheit der Unterschrift voraussetze, und da die neue Angabe nicht als eine bloß eventuelle vorgebracht worden sei, liege darin eine Zurücknahme jener entgegenstehenden Behauptung. Der fraglichen Aeußerung kommt indessen die Bedeutung einer selbstständigen und unbedingten Behauptung, die Kläger unter allen Umständen auch gegen sich gelten lassen müßte, überall nicht zu. Sie sollte nur, wie schon die Stelle, wo sie vorkommt (bei Rechtfertigung der ersten Beschwerde voriger Instanz), beweist, zur Colorirung der principaliter behaupteten Unächtheit der Unterschrift unter Anl. E dienen, den Grund bezeichnen, aus welchem Kläger glaubte, diese Unterschrift eidlich diffitiren zu können. Ein Verzicht auf die eventuelle Behauptung kann darin um so gewisser nicht gefunden werden, als die in derselben Schrift vorgebrachte zweite Beschwerde gerade auf Nachlassung eines Beweises über diese eventuelle Behauptung ging.

II. Es kommt aber, nach der processualischen Lage der Sache zur Zeit des vom Niedergerichte am 20. April 1868 erlassenen Erkenntnisses, nicht einmal darauf an, ob Kläger, als er beim Obergerichte die fragliche Beweisnachlassung beantragte, bereits in erster Instanz eine entsprechende Behauptung mit genügender Bestimmtheit vorgebracht hatte.

Beklagter hat im Termine vom 26. Mai 1867 als neu entstanden nur die eine Einrede vorgeschützt, daß Kläger, nach Verabredung mit dem Beklagten, die Klage compens. expens. fallen lasse. Die Urkunde Anl. E war lediglich, verb. „ausweise," als Beweismittel für diese Einrede in Bezug genommen. Die Behauptung, daß der Inhalt der Anl. E theilweise untergeschoben sei, bildet nicht eine zur Elidirung jener Einrede dienliche Replik, sondern eine Einrede gegen die Beweiskraft der Urkunde. Das Niedergericht hätte daher, nachdem der Versuch, durch eine persönliche Vernehmung des Klägers den Streitpunkt zu erledigen, gescheitert war, correcterweise nur die Einrede selbst, wie in der ersten Alternative seines Erkenntnisses vom 20. April 1868 geschehen, zu Beweis verstellen und dem Beklagten es überlassen sollen, zur Führung dieses Beweises der Urkunde Anl. E sich zu bedienen. Dadurch, daß das Gericht erster Instanz in einer zweiten Alternative das bloße Beweismittel (die Urkunde) zum Gegenstande eines selbstständigen Beweises machte, diesen Beweis darauf, daß die Unterschrift unter der fraglichen Urkunde vom Kläger persönlich geleistet sei, beschränkte, und dem Kläger hiergegen nur den directen Gegenbeweis (also den Beweis, daß die fragliche Unterschrift nicht von ihm herrühre) nachließ, hat es denselben mit allen seinen Einreden gegen die Urkunde selbst ausgeschlossen. Dies würde nur dann gerechtfertigt sein, wenn nach Lage der Sache Kläger verpflichtet gewesen wäre, seine Beweiseinreden, soweit sie die fragliche Urkunde betrafen, unter dem Rechtsnachtheile der Ausschließung, schon in seiner ersten Erklärung auf das neue Vorbringen des Beklagten geltend zu machen. Gründe für eine solche Annahme liegen aber nicht vor:

1) Aus dem Umstande, daß es sich hier um eine neu entstandene, lange nach der Vernehmlassung, ja nach bereits ergangenem rechtskräftigen Beweisinterlocute vorgeschützte Einrede handelt, läßt sich höchstens folgern, daß Beklagter mit dem Vorbringen derselben sofort eine Beweisantretung verbinden mußte:

vgl. Kierulff, Samml. I. S. 357,

nicht aber, daß Kläger ohne Weiteres auch auf den anticipirten Beweis sich vollständig zu erklären verpflichtet gewesen wäre. Durch die Vorschützung einer neuen Einrede kehrte die Sache, soweit es um diesen Punkt sich handelte, in das erste Verfahren zurück, und, in Ermangelung einer ein Anderes anordnenden richterlichen Auflage, waren für die Erklärung des Klägers lediglich die für dieses erste Verfahren geltenden Regeln maßgebend. Die richterlichen Auflagen vom 26. und 31. Mai waren aber nur die gewöhnlichen, auf eine Vernehmlassung im Allgemeinen gerichteten. Beklagter selbst hat denn auch in seiner Gegenvernehmlassung anerkannt, daß, wenn Kläger die Aechtheit seiner Unterschrift zugestehen werde, er dann noch die Gründe, weßhalb diese Unterschrift keine Wirkung haben solle, vorbringen und erweisen könne.

2) Eine Einlassung auf die Urkunde Anl. E gehörte allerdings insofern zur Erklärung des Klägers über die neue Einrede selbst, als in dieser Urkunde die Verzichtserklärung enthalten ist, und in der Unterschreibung derselben durch den Kläger bis auf Weiteres dessen Consens in jenen Verzicht gefunden werden müßte. Allein soweit es hiernach erforderlich war, hat Kläger jedenfalls auch auf die Urkunde sich eingelassen, indem er jede mit Bewußtsein vollzogene Unterschrift eines Vergleichs-Instruments geleugnet und die Anl. E sammt Unterschrift für untergeschoben rc. erklärt hat.

3) Die vom Niedergerichte verfügte persönliche Vernehmung des Klägers über die Aechtheit seiner Unterschrift in Anl. E änderte an der allgemeinen rechtlichen und processualischen Sachlage nichts, wie sich schon daraus ergiebt, daß der bezügliche Bescheid ohne alle Androhung eines Rechtsnachtheils ergangen ist. Es handelte sich dabei nur darum, durch Anhörung des Klägers in Person zur Klarheit über einen einzelnen Punkt zu kommen, über welchen sich der Mandatar, der Natur der Sache nach, nicht mit gleicher Bestimmtheit, wie der Mandant selbst, erklären konnte. Zu

einer vollständigen Instruction des Urkundenbeweises war dieses Incidentverfahren nicht bestimmt.

Hiernach war Kläger durch die vom Niedergerichte dem Beklagten nachgelassenen Beweise dergestalt verletzt, daß er in seiner an das Obergericht gerichteten Beschwerde Streichung der ganzen zweiten Beweisalternative hätte fordern können:

vgl. Kierulff, Samml. I. p. 845.

Und wenn er sich statt dessen damit begnügt hat, die Nachlassung des Beweises einer einzelnen, gegen jene Alternative gerichteten und jedenfalls beim Obergerichte mit genügender Bestimmtheit formulirten Beweiseinrede zu verlangen, die ihm, wenn der ganze Beweissatz gestrichen wurde, von selbst für die Beweisinstanz vorbehalten blieb, so begriff diese Beschwerde nur ein minus dessen, was er nach Lage der Sache zu verlangen berechtigt war; und in der Gewährung dieses minus abseiten des Obergerichts kann eine Verletzung des Beklagten nicht liegen.

Hamburg. 7.

J. F. W. Ahrens in Hamburg, Kläger, wider T. G. Gleichmann als Rheder des Dampfschiffes Phönix daselbst, Beklagten, Zusammenstoß von Schiffen, jetzt geführten Beweis betreffend.

Anspruch auf Theilung des durch den Zusammenstoß zweier Schiffe entstandenen Schadens nach dem früheren hanseatischen Rechte. Nothwendigkeit des Causalzusammenhangs.

Rechtsfall. Am Abend des 22. November 1865 lag auf der Elbe bei Hamburg, an dem Ponton der dafür bestimmten Landungsbrücke, ein nach England bestimmtes Dampfschiff, um den Rest seiner Ladung einzunehmen. Um 10 Uhr

brachte zu diesem Zweck von der Stadt her eine dem Everführer J. F. W. Ahrens gehörige, von den drei Arbeitern Herms, Gaß und Heinßen geführte Schute, ein s. g. Bullen, verschiedene Colli, welche mit Persenningen bedeckt hoch über den Rand der Schute emporragten. Um dieselbe Zeit langte das letzte Harburger Dampfschiff, der dem F. G. Gleichmann gehörige Raddampfer Phönix, Capt. Schjött, daselbst an und legte sich an einen andern etwas oberhalb befindlichen Ponton der Landungsbrücke. Als nun die Schute um den Phönix herumfuhr, ereignete es sich, daß sie sich auf der einen Seite mit dem Bord unter die Wasserfläche senkte, die darin verladenen Colli großentheils seitwärts herab in die Elbe fielen, und theils verloren gingen, theils beschädigt wurden. Ahrens klagte gegen den Rheder Gleichmann auf Vergütung des ganzen zu Crt. ℳ 4528. 3 ß angeschlagenen Schadens, weil schuldvoller Weise auf dem Phönix, nachdem er schon am Ponton befestigt gewesen, die Maschine noch einmal in Gang gesetzt worden sei und dabei das Rad die vorbeifahrende Schute getroffen und niedergedrückt habe; eventuell auf Ersatz der Hälfte nach Maßgabe des hanseatischen Rechts, wie es vor Einführung des deutschen Handelsgesetzbuches in Bezug auf den Zusammenstoß von Schiffen bestand. Der Beklagte bestritt nicht nur jede Verschuldung seiner Mannschaft, sondern auch, daß überhaupt ein wirklicher Zusammenstoß der beiden Fahrzeuge stattgefunden habe. Durch ein vom Obergericht bestätigtes Handelsgerichts-Erkenntniß vom 26. November 1866 wurde der principale Klagantrag als nicht gehörig substantiirt verworfen, wegen des eventuellen Anspruchs aber dem Kläger der Beweis auferlegt,

> daß der Schaden, welchen die Schute und deren Ladung erlitten, durch einen Zusammenstoß der Schute mit dem Dampfschiffe (Phönix) herbeigeführt worden sei.

Nach beendigter Beweis- und Gegenbeweis-Aufnahme erachtete

1) das Handelsgericht

in seinem Erkenntniß vom 26. März 1868 für wahrscheinlich, daß, wie der Brückenaufseher Appel schon in einem Bericht

vom 24. November 1865 ausgesprochen hatte, die Schute in Folge von Wind und Ebbestrom ins Schaukeln gerathen, mit dem Hintersteven gegen den Radkasten des Dampfschiffes angetrieben und daß in Folge hiervon das Wasser in die Schute gedrungen und ein Theil der Güter über Bord gefallen sei. Ein derartiger nur ganz schwacher Anstoß wäre aber an und für sich ohne nachtheilige Folgen für die Schute und deren Ladung geblieben und hätte nur deßhalb den Schaden zur Folge gehabt, weil die tief im Wasser liegende und hoch beladene Schute bereits im schaukelnden Zustande sich befunden habe, als der Stoß erfolgte, so daß unter diesen Umständen der Stoß nicht als die Ursache des Schadens betrachtet werden könne. Für einen anderweiten wirklichen Zusammenstoß, insbesondere dafür, daß das Rad des Dampfschiffes die Schute getroffen hätte, sei keine Wahrscheinlichkeit geliefert worden. Hiernach wurde der Beklagte zu einem Reinigungseid zugelassen,

> daß er weder wisse noch glaube, daß der Unfall, von welchem die Schute des Klägers betroffen wurde, als dieselbe am Abend des 22. November 1865 an der Seite des Dampfschiffes Phönix sich befand, dadurch, daß das Rad des Dampfschiffes noch einen Schlag gethan und die Schute getroffen hätte, oder durch einen sonstigen Zusammenstoß der Schute mit dem Dampfschiff herbeigeführt worden ist, es sei denn, daß ein Zusammenstoß der Schute mit dem Dampfschiff in der Weise und unter den Umständen stattgefunden hätte, welche der Brückenaufseher Appel in dem zu den Acten gelangten „Hamburg den 24. November" datirten Schriftstücke angiebt.

Auf Appellation des Klägers erklärte

2) das Obergericht

mittelst Erkenntnisses vom 19. Juni 1868 den klägerischen Beweis für geführt und verwies die Sache zur Feststellung des Schadens in quanto an das Handelsgericht zurück. Wenngleich nämlich über die Art und Weise, wie der Unfall sich zugetragen habe, namentlich darüber, ob die Schute von

einem Schlage des Rades des Dampfschiffes getroffen worden oder ob sie nicht vielmehr mit dem Radkasten zusammengestoßen sei, ein vollständiger Beweis nicht vorliegen möge, so könne doch nach den Aussagen der Beweiszeugen, sowie selbst nach der Darstellung des Gegenbeweiszeugen Appel über die Collision der beiden Fahrzeuge überhaupt, worauf es nach rechtskräftiger Sachlage allein ankomme, kein begründeter Zweifel obwalten. Erörterungen darüber aber, ob der Zusammenstoß den Umständen nach als die Ursache des Schadens angesehen werden könne, oder ob nicht die nachtheiligen Folgen bei minder hoher Beladung der Schute und geringerem Tiefgang derselben minder erheblich gewesen sein würden, erschienen mit dem Gesetz, wonach die Sache ihre Erledigung zu finden habe, nicht vereinbar.

Auf Appellation des Beklagten hob

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 28. Januar 1869 diese Entscheidung wieder auf und legte dem Kläger folgenden Erfüllungseid auf:

> daß er nicht anders wisse, vielmehr auf Grund sorgfältiger Erforschung der Wahrheit überzeugt sei, daß der Unfall und der bei demselben entstandene Schaden durch einen Zusammenstoß der Schute mit dem Dampfschiffe Phönix, sei es an dessen Radkasten, dem Rade oder der vor demselben befindlichen eisernen Schutzstange, nicht aber schon vor dem Zusammentreffen beider Schiffe nur dadurch herbeigeführt worden seien, daß Wind und Wellenschlag die Schute ins Schwanken gebracht, und dabei ein Ueberschießen der Ladung bewirkt haben;

nach dessen Ableistung wegen Feststellung des Schadens in quanto weiter zu erkennen sei.

Entscheidungsgründe.

Die Beschwerdeführung des Beklagten konnte nur so weit für begründet erachtet werden, daß die Verpflichtung desselben, dem Kläger die Hälfte des an der Schute und an den darin befindlich gewesenen Waaren durch den Vorgang des 22. Novbr.

1865 verursachten Schadens zu ersetzen, noch von einem Erfüllungseide des Letzteren abhängig zu machen sei. Vor Allem kam es

I. auf die Beantwortung der Frage an, ob jeder Zusammenstoß der beiden in Rede stehenden Schiffe den Beklagten zur halbschiedlichen Schadens-Uebernahme verpflichtet habe, oder ob diese Wirkung nur einem solchen Zusammenstoß beizulegen sei, welchem die Verursachung des Schadens beigemessen werden könne. Denn, wäre dieser Punkt im ersteren Sinne aufzufassen, so würde die Entscheidung der Sache keinem weiteren Bedenken unterliegen, da die Zeugenaussagen darüber keinen Zweifel lassen, daß irgend ein, mehr oder minder heftiges Antreiben der Schute an das Dampfschiff Phönix jedenfalls stattgefunden hat.

Jene Frage war aber mit dem Handelsgerichte dahin zu beantworten, daß es auf den von dem Kläger zu führenden Beweis eines solchen Zusammenstoßes ankomme, welchen man als die Ursache des entstandenen Schadens anzusehen habe. Entscheidend hiefür ist schon der Wortlaut des handelsgerichtlichen Beweisinterlocuts vom 26. November 1866. Die dem Kläger zum Beweis verstellte Thatsache ist in demselben dahin angegeben, es komme darauf an, „ob die Schute und die in derselben befindlich gewesenen Güter dadurch beschädigt wurden, daß die erstere von dem Rade des Dampfschiffes getroffen wurde oder sonstwie mit diesem zusammenstieß," so daß der Beweis darauf gerichtet werden müsse, „ob der Schaden durch einen Zusammenstoß der Schute mit dem Dampfschiff herbeigeführt worden sei." Hiernach war nicht eine Collision der beiden Schiffe „überhaupt" (Ob.-Ger.-Erk. v. 19. Juni 1868), sondern nur eine solche Collision, durch welche der Schaden bewirkt worden, als der Gegenstand der klägerischen Beweisführung anzusehen. Uebrigens würde, wenn das Beweis-Interlocut noch ex jure interpretirt werden müßte, das gleiche Resultat sich ergeben, da der Art. 1 Tit. 8 der Assecuranz- und Havarie-Ordnung in Collisionsfällen die Betheitigten nur dann zur gemeinschaftlichen Tragung des Scha-

dens verpflichtet, wenn „durch das An- oder Ueberſegeln, das Anlaufen, Antreiben oder Anſtoßen („dadurch") den Schiffen und Gütern einiger Schaden widerfahren ſein ſollte." Auch iſt dieſer Punkt in der Praxis niemals anders aufgefaßt worden.

Anlangend

II. die Beurtheilung der Sache ſelbſt, ſo liegt der Umſtand außer Streit, daß wenige Minuten, nachdem die von den Leuten des Klägers geleitete Schute den Platz, an welchem ſie (der Ankunft des Phönix halber) oberhalb der Landungs-Pontons während einer kurzen Zeit angehalten worden war, verlaſſen hatte, das Sinken derſelben und ein Hinabfallen des größeren Theils der in ihr befindlichen Colli in das Waſſer ſtattgefunden haben. Dieſes Ereigniß konnte ſich nicht im ordentlichen Laufe des Hergangs von ſelbſt zutragen, ſondern muß durch eine gewaltſame Einwirkung von Außen veranlaßt worden ſein. Zwei Einwirkungen ſtehen aber den Umſtänden nach hier nur in Frage. Entweder muß die Schute bei Gelegenheit des Herumfahrens um den Phönix bei ſtarkem Wellengange vom Winde erfaßt und hiedurch, da ſie dieſem letzteren durch ihre hohe Beladung eine ausgedehnte Fläche darbot, ſo ſehr ins Schwanken gebracht worden ſein, daß die Ladung überſchoß und der eine Rand der tief gehenden Schute unter das Waſſer gedrückt wurde, in welchem Falle der fernere Verlauf des Unfalls keiner weiteren Erklärung bedürfte; oder die Schute muß durch eine Colliſion mit dem Phönix betroffen worden ſein, ſei es, daß Wind und Wellen ſie an denſelben warfen und dadurch zum Sinken brachten, ſei es, daß das Rad ſich noch einmal umdrehte, den Rand der vorbeifahrenden Schute faßte und dieſe niederdrückte. Es unterliegt nach dem oben zu I, Bemerkten keinem Zweifel, daß der Ausgang der vorliegenden Sache davon abhängt, ob für einen dieſer beiden als möglich anzunehmenden Hergänge, und zwar für welchen, die vorhandenen Beweiſe ſprechen. Sollte nämlich die frei im Fahrwaſſer ſich bewegende Schute durch Wind und Wellen

schon dort in der soeben angegebenen Weise zum Sinken und zugleich die Ladung zum Hinabfallen in das Wasser gebracht worden sein, so würde ein späteres Antreiben der Schute an den Phönix als bedeutungslos für den klägerischen Beweis angesehen werden müssen, während ein durch irgend welchen Zusammenstoß mit dem Phönix veranlaßtes Verunglücken der Schute dem Beweissatze entsprechen würde. Es ist demzufolge von der Auffassung des Handelsgerichts abzuweichen, daß der Hergang, wenn er so, wie er in dem Schriftstücke des Zeugen Appel vom 24. November angegeben worden ist, („die quer über Strom und Wellen liegende Schute fing an zu schaukeln, trieb gegen den Radkasten und schöpfte Wasser; als sie gegenstieß, ging die obere Ladung nach einer Seite ꝛc.") sich zugetragen hätte, ohne obligirende Wirkung für den Beklagten geblieben sein würde. Eine Collision, wie sie in einem solchen Falle stattgehabt hätte, wenngleich sie durch Wind und Wellen, oder vielleicht durch fahrlässiges Verfahren der auf der Schute befindlichen Leute veranlaßt worden sein sollte, würde gleichwohl als die Ursache des Schadens angesehen werden müssen und ein Beweis derselben der dem Kläger durch das Interlocut vom 26. November 1866 gemachten Auflage entsprechen.

Der Kläger hat

1) sein Hauptbestreben dahin gerichtet, die von zwei der in der Schute befindlichen Everführerknechte — dem später als Zeuge vernommenen Gaß und dem während des Processes verstorbenen Herms — gleich anfangs gemachte und in der Notariats-Declaration derselben vom 23. November 1865 niedergelegte Angabe als bewahrheitet darzustellen, daß der Rand der Schute, als die vorgenannten Leute dieselbe um den Phönix herumleiten wollten, durch einen Schlag des Dampfschiff-Rades getroffen und dadurch unter das Wasser gedrückt worden sei.

Unbedenklich würde dies Ereigniß als ein dem Beweis-Interlocut entsprechender Zusammenstoß der Schute mit dem Phönix angesehen werden müssen, wie denn dafür das Han-

delsgericht schon in den Entscheidungsgründen zu diesem Erkenntnisse sich ausgesprochen hat. Allein ein voller, oder auch nur so weit geführter Beweis, daß der Kläger speciell in Betreff dieses Umstandes zum Erfüllungseide zugelassen werden könnte, liegt nicht vor. — Zwar deponiren die beiden Zeugen Everführerknechte Gass und Heinssen, der Erstere, daß, als die Schute an der Seite des Dampfbootes gewesen sei, er, der vorn in derselben sich befunden, gehört habe, daß das Rad des Phönix sich noch einmal drehe, und er darauf bemerkt habe, daß die Schute hinten niedergedrückt werde, und fügt hinzu, wenngleich er wegen des Platzes, welchen er in der Schute inne gehabt, das eigentliche Aufschlagen des Rades auf die Schute nicht gesehen habe, so hat er doch die Umdrehung des Rades und das Niedergedrücktwerden der Schute wahrgenommen; der Zweite (Heinssen), daß, als sie sich an der Seite des Dampfboots befunden hätten, die Maschine desselben sich noch einmal in Bewegung gesetzt, und hiedurch die Schute mitten auf die Plicht einen Schlag des Rades empfangen habe, welcher Schlag von ihm mit eigenen Augen wahrgenommen worden sei. Diese Depositionen werden auch einigermaßen durch die damit übereinstimmende Notariats-Erklärung des Herms und die Aussage des Zeugen Kirchhoff bestätigt, welcher Letztere angiebt, daß Herms sich in diesem Sinne schon unmittebar nach dem Unfall gegen ihn über diese Veranlassung ausgesprochen habe. Allein nicht nur ist, und zwar in nicht geringem Grade, eine Befangenheit der beiden Zeugen Gass und Heinssen, beziehungsweise des Herms, anzunehmen, da es für sie, die vom Kläger mit dem Transport werthvoller Waaren beauftragt und für den ordentlichen Verlauf ihrer Dienstleistung in gewissem Maße verantwortlich waren, nahe lag, den eingetretenen Unfall irgend einem außerhalb ihrer Macht befindlich gewesenen Umstande selbst dann beizumessen, wenn ihre darauf hinführenden Beobachtungen unzuverlässig gewesen sein sollten, sondern da auch eine ungenaue Wahrnehmung des Vorgekommenen unter den damaligen Umständen leicht möglich war.

Der Vorgang fand im Spätherbst, am 22. November, kurz vor oder gleich nach 10 Uhr Abends, zu einer Zeit statt, wo kein Mondlicht vorhanden war (drei Tage vorher war Neumond gewesen). Abgesehen von den am Quai, auf den Brücken und an den Pontons, sowie etwa auf dem Phönix brennenden Laternen herrschte damals, wie keinem Zweifel unterliegt, völlige Dunkelheit, und jene Laternen verbreiteten gewiß nicht genügendes Licht, um an dem unteren Theil der Außenseite eines vor den Pontons liegenden Dampfschiffes Genaues erkennen zu können. Unbedenklich ist die Aussage des Zeugen Appel als richtig anzusehen: „als der Vorfall sich ereignete, sei es ganz dunkel gewesen, und er, Zeuge, habe das, was sich zugetragen, nur in Folge der auf den Pontons und dem Dampfschiff angezündeten Laternen wahrnehmen können." Es wehete ferner an dem Abend des 22. November ein heftiger Wind. Dies ist, obschon die Zeugenaussagen hierüber verschieden lauten, als in Gewißheit gebracht anzunehmen. Eine völlig entgegenstehende Angabe, diejenige des Zeugen Schumacher, „es sei gutes Wetter gewesen, Wind West-Süd-West, jedoch sehr flau," verdient keine Beachtung, weil dieser Zeuge entweder im Laufe der zwischen dem Vorfall und seiner Vernehmung verflossenen Zeit (November 1865 bis Juni 1867) zu unrichtigen Anschauungen gekommen sein muß, oder seine Wahrnehmungen unrichtig wiedergegeben hat, wie daraus hervorgeht, daß er das Ereigniß in eine Zeit verlegt „etwa gegen 7 Uhr Abends, als es noch hell gewesen." Neben und resp. gegenüber den Zeugen, welche den Wind als „steife Brise" (Holstein, Schjött), „starken Wind, lebhafte Brise, vorher sogar etwas stürmisch, mit Wellenschlag" (Appel), „ziemliche Brise" (Schlarb), „ziemlich stark" (Heinssen), „nicht sehr stark" (Kirchhoff), „nicht stark" (Gass), bezeichnen, sind für die obige Annahme, daß der Wind heftig gewesen, die Aussagen der classischen Zeugen Hafenmeistergehülfe Knop und Fähr-Inhaber Dede entscheidend. Der Erstere hat deponirt, es sei an jenem Abend ein so heftiger Wind gewesen, daß man von dem Versuche, ein

Schiff quer über die Elbe nach einem am Steinwärder befindlichen Dry-dock zu bringen, nachdem man ihn schon begonnen gehabt, habe abstehen müssen, und daß das Schiff bei dessen Wiedervertauung am Hafen gegen den Willen der dabei beschäftigten Leute vom Winde umgedrehet worden sei. Der Zweite (Dede) bezeugt, daß an dem in Rede stehenden Abend eine „steife Brise mit Wellenschlag" geherrscht habe. In gleicher Weise haben die Aussteller des von dem Beklagten beigebrachten Attestes [14], die Fährleute des Dede, sich ausgesprochen, deren Attest dieser mit unterzeichnet hat.

Als eine Folge des herrschenden starken Windes und des Wellenschlages ist in Uebereinstimmung mit den hierauf bezüglichen Zeugenaussagen anzunehmen, daß die Schute, als sie neben dem Phönix an der hier nach der Elbseite offenen Stelle, wo sie dem Südwest-Winde ausgesetzt war, abwärts gelenkt wurde, in ein mehr oder minder heftiges Schwanken gerathen mußte. Schwankte sie aber und stieß sie überhaupt mit dem Phönix zusammen, so konnte dies sehr wohl an der Stelle des Rades geschehen, und dann war bei der an der Außenseite des Dampfschiffes herrschenden, ohne Zweifel fast völligen Dunkelheit eine Täuschung der Schutenführer darüber leicht möglich, ob eine Bewegung des Rades die Schute treffe, oder der Stoß der Schute das Rad erschüttere.

Jedenfalls ist ein so starker Gegenbeweis gegen die Annahme, daß das Rad des Dampfschiffs noch nachträglich einen Schlag gethan und die Schute getroffen habe, vorhanden, daß der durch die klägerischen Zeugen für diesen Umstand gelieferte, nach dem Vorstehenden nur schwache Beweis dadurch ausgeglichen wird. Zwar ist die vom Beklagten bestrittene Möglichkeit, daß die Schute in den Bereich des Rades, und zwar unter dasselbe, habe kommen können, wegen des um die in Betracht kommende Zeit stattfindenden Aussteigens der Passagiere des Phönix (Bochau), sowie schon des Wellenschlages halber, nicht zu bezweifeln, allein es ist durch die übereinstimmenden Aussagen aller Zeugen, welche den in Rede stehenden Punkt berühren, auch derer des Klä-

gers (Gass, Herms, Schumacher, Holstein), in Gewißheit gebracht, daß der Unfall erst dann sich ereignet hat, nachdem der Phönix vollständig in Stillstand gebracht und vertauet worden war. Unter diesen Umständen hat es nicht nur die Wahrscheinlichkeit im hohen Grade gegen sich, daß die Maschine nochmals in Gang gesetzt worden sein wird, sondern die beklagtischen Zeugen Schjött, Schlarb, Bochau und Hindersen, von denen der zweite als Maschinenmeister genaue Kunde über den fraglichen Umstand haben mußte, verneinen auch mit Bestimmtheit, daß eine Drehung des Rades noch nach der Befestigung des Phönix an den Ponton stattgefunden habe. Die Beschädigung des Randes der Schute und diejenige einer Kiste, welchen der Kläger hier große Bedeutung beilegt, können nicht als erheblich angesehen werden. Jene Beschädigungen können, auch wenn das Rad sich nicht bewegte, durch das Antreiben der Schute und resp. der Kiste an das Dampfschiff, oder im weiteren Verlauf des Unfalls entstanden sein.

Kann nach dem Bisherigen nicht angenommen werden, daß die Schute durch eine Umdrehung des Rades getroffen und unter das Wasser gedrückt worden ist, so sind dagegen

2) für die Annahme, daß eine Collision in der oben unter Verweisung auf das erste Appel'sche Schriftstück angegebenen anderen Art sich ereignet habe, sehr erhebliche Beweismomente vorhanden. Im Wesentlichen führt das vorliegende Beweismaterial darauf hin, daß die Auffassung die richtige ist, von welcher der beklagtische Zeuge Dede, welcher freilich den Vorgang nicht selbst wahrgenommen, aber dessen Schilderung von Personen, die bei demselben gegenwärtig gewesen sind, alsbald nach dem Vorfall vernommen hat, ausgegangen ist, indem er folgendermaßen sich aussprach: „Er habe den Vorfall dahin schildern hören, daß, als das Dampfschiff an den Ponton gelegt wurde, die Schute aus der Hafenmündung herausgekommen, in Folge des südwestlichen Windes gegen das Dampfschiff getrieben und mit demselben zusammengestoßen sei. Er vermuthe, daß die Schute mit

dem Räderkasten zusammengestoßen sein werde und in Folge dieser Berührung, weil sie nun an der einen Seite einen Widerstand hatte, dem Winde und Wellenschlage nicht habe widerstehen können. Sei die Schute, wie Zeuge gehört habe, sehr hoch beladen gewesen, so habe dies dazu führen müssen, sie leichter ins Schwanken zu bringen."

Die Möglichkeit, daß der Hergang der vorstehend angegebene habe sein können, läßt sich nicht in Zweifel ziehen und ist auch von dem Beklagten nicht eigentlich bestritten worden. Dafür, daß er wirklich stattgefunden hat, sprechen folgende durch den Gegenbeweis in nur geringem Maße geschwächte Momente. Nicht allein nach der Aussage des Zeugen Gass, welcher deponirt, „er und seine Collegen hätten sich beim Herumfahren um den Phönix, um nicht mitten in die Elbe getrieben zu werden, dicht an denselben gehalten; er, und wie er annehme, auch seine Mitarbeiter, hätten ihre Haken an das Dampfboot gesetzt," sondern auch nach der Deposition des beklagtischen Zeugen Hellwege haben die Schutenführer die Schute in unmittelbarer Nähe beim Phönix gehalten. Dieser letztere Zeuge spricht sich dahin aus, „er habe (derzeit auf dem Verdeck des Phönix sich aufhaltend) den Lärm von der Schute her gehört, nachdem er diese zuvor um den Vordersteven des Dampfschiffes herum und an dessen Seite habe entlang gehen sehen." Die Richtigkeit dieser Angaben, für welche ohnehin die Wahrscheinlichkeit spricht, wird auch durch den Inhalt der Aussage des Zeugen Appel bestätigt, welcher deponirt, „die Schute habe sich neben dem Vordersteven an der Steuerbordseite des Dampfschiffes befunden und sei dort von dem Wellenschlag und dem Wind in Bewegung gesetzt, so daß sie stark schaukelte; — nach dem Unfall habe die Schute mit dem Hintersteven dicht am Dampfboote gelegen." Befand sich aber die Schute während der gesammten Zeit ihres Herumfahrens um den Phönix in dessen fast unmittelbarer Nähe, vereinigten sich überdies die Bemühungen der Schutenführer und die auf den Phönix gerichtete Strömung des Windes dahin, dieselbe nahe an dem-

selben verbleiben zu lassen, so ist mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß der Unfall nicht im offenen Wasser durch die alleinige Wirkung von Wind und Wellen, sondern in der Weise durch einen Zusammenstoß mit dem Phönix herbeigeführt worden ist, wie dies oben unter Bezugnahme auf die ursprüngliche Angabe des Zeugen Appel und die Erklärung des Zeugen Dede dargelegt worden ist.

Den in den Acten liegenden Beweismomenten für das Gegentheil kann ein nur bis dahin reichendes Gewicht beigelegt werden, daß dem Kläger noch ein Erfüllungseid aufzulegen ist.

Die Aussagen der Zeugen des Klägers enthalten Nichts, was der vorstehenden Annahme entgegenstände. Bedenken kann nämlich nicht etwa der Umstand erregen, daß die Zeugen Gass und Heinssen den Unfall speciell einer Wirkung des Dampfschiff-Rades beimessen. Das möglicher und sogar wahrscheinlicher Weise Trügliche dieser ihrer Wahrnehmung, jedenfalls das Unzuverlässige ihrer hierauf bezüglichen Aussage ist schon oben gezeigt worden. Uebrigens könnten in keinem Falle aus dem Inhalt ihrer Aussage Wahrscheinlichkeitsgründe für die Annahme abgeleitet werden, daß die Schute überhaupt nicht am Phönix, sondern im offenen Wasser in sinkenden Zustand gerathen sei; denn die Zeugen geben den Hergang dahin an, daß die Schute sich fortwährend in nächster Nähe bei dem Phönix befunden habe.

Für erheblicher könnten einige von den Aussagen der Zeugen des Beklagten gehalten werden.

Der Zeuge Appel, welcher in dem mehrerwähnten ersten schriftlichen Bericht den Hergang so schildert, wie er zufolge des Obigen auf eine Verurtheilung des Beklagten hinführen müßte, hat diese Angabe in seinen späteren Berichten modificirt, und im Zeugenverhör sich dahin ausgesprochen, „durch einen Zusammenstoß mit dem Dampfboot sei der Unfall nicht herbeigeführt worden;“ allein diese letztere scheinbar bestimmte Angabe würde nur dann zu Gunsten des Beklagten wirksam sein, wenn sie auf der Wahrnehmung eines andern Umstandes,

welcher den Unfall verursacht habe, beruhete. Daß dies Letztere der Fall gewesen sei, geht aus der Aussage nicht hervor, vielmehr ergiebt es sich aus derselben, daß der Zeuge jene Angabe nur auf Grund eines von ihm gezogenen Schlusses gemacht hat. Und daß dieser Schluß ein bedenklicher ist, folgt daraus, daß der Zeuge, wie schon oben angeführt worden, den Ort, wo gerade nach seiner Angabe „die Schute von dem Wellenschlag und dem Winde in Bewegung gesetzt worden, so daß sie stark schaukelte," an die Stelle „neben dem Vordersteven und an der Steuerbordseite des Dampfschiffes" verlegte, und weiter hinzufügte, „bei dem Schwanken könne die Schute sehr wohl mit den eisernen Stangen in Berührung gekommen sein, welche um das Rad des Dampfschiffs herumliefen, sei es vor dem Ueberschießen der Güter, sei es nachher." Ob nun die Schute mit dem Rumpf des Dampfschiffes, oder mit dem Radkasten oder mit der das Rad umgebenden Schutzstange zusammenstieß, war für die Frage, ob überhaupt ein Zusammenstoß stattgefunden habe, gleichgültig; welchen letzteren Zusammenstoß der Zeuge selbst als wahrscheinlich bezeichnet. Endlich wird der Aussage des Zeugen jede Bedeutung für den Gegenbeweis dadurch genommen, daß er es, wie soeben angeführt, dahingestellt bleiben läßt, ob das Ueberschießen der Ladung vor oder nach dem Zusammenstoß mit der Schutzstange stattgefunden habe.

Der Zeuge Capitän Schjött hat den in Rede stehenden Hergang selbst nicht wahrgenommen. Er spricht sich freilich in seiner Deposition dahin aus, „seiner Ueberzeugung nach sei die Schute mit dem Dampfschiff gar nicht in Berührung gekommen;" allein er ist zu dieser Ueberzeugung nur auf Grund der Erwägung gelangt, daß, „wenn die Schute mit dem Dampfschiff zusammengestoßen wäre, er — der auf dem Verdeck des letzteren sich befunden — den Zusammenstoß hätte bemerken müssen, was nicht stattgehabt habe." Die Zuverlässigkeit dieses Schlusses unterliegt, wie von selbst einleuchtet, so großen Bedenken, daß der in Rede stehenden Aussage kein Gewicht beigelegt werden kann.

Im Wesentlichen gilt das Nämliche von der Aussage des Zeugen Matrosen Hellwege, welcher in seiner schriftlichen, im Vernehmungstermin als richtig anerkannten Declaration sich dahin erklärt hat, „er habe einen Stoß der Schute gegen das Dampfschiff nicht bemerkt, und sei der Meinung, daß ein solcher, wenn er stattgefunden hätte, sofort hätte bemerkt werden müssen."

Wirkliches Bedenken erregt dagegen die Deposition des Zeugen Restaurateurs Bochau, welcher nach seiner Angabe, als er sich anschickte, nach dem Anlegen des Dampfbootes die Cajüte desselben zu verlassen, „durch eines der Cajütenfenster eine Schute hoch mit Kisten beladen, so hoch, daß er nicht über die letzteren wegsehen konnte, vorübertreiben sah und nunmehr gewahrte, wie die Persennige im Winde flatterten und die Kisten von der schwankenden Schute gegen das Dampfschiff (später modificirt nach der von diesem abgewandten Seite) ins Wasser fielen, bevor die Schute in die Nähe des Rades gekommen war;" und hinzufügt, „für möglich könne er nur das halten, daß, nachdem schon Güter aus der Schute herausgefallen seien, diese letztere im Vorbeifahren gegen die den Radkasten umgebenden eisernen Stangen gerathen sei." Wäre es vollständig aufgeklärt, daß die Stelle, an welcher der Zeuge Bochau die Schute mit gelöseten Persennigen, sowie auch das Herunterfallen der Kisten erblickte, die Möglichkeit ausgeschlossen habe, daß schon vorher ein Zusammenstoß vorgekommen, daß also damals die Schute nicht durch einen bereits stattgehabten Anprall an das Dampfboot fortgetrieben worden sei, und läge nicht auch bei dieser Aussage die Annahme, daß die Dunkelheit und das unruhige Wetter die Beobachtung des Zeugen unzuverlässig gemacht habe, nahe, so würde hier eine durch das Verhältniß des Zeugen zum Beklagten nur wenig beeinträchtigte, dem Beweissatze direct entgegenstehende Aussage eines testis singularis vorliegen. Diese Singularität und die vorbemerkten Bedenken machen es jedoch unthunlich, dieser Aussage eine weitere Wirkung beizulegen, als, wie schon oben

angegeben, einen Erfüllungseid des Klägers für nothwendig zu erklären.

Der Beklagte hat

III. eventualiter den Antrag gestellt, eine nochmalige Vernehmung des Zeugen Appel anzuordnen, um zu ermitteln, ob, und eventuell weßhalb er meine, daß der Unfall durch einen Zusammenstoß mit dem Dampfschiff herbeigeführt worden sei. Dieser Antrag war zu verwerfen.

Zu einem Prälocut dieser Art wäre nur dann Veranlassung vorhanden gewesen, wenn der Zeuge Appel über einen relevanten Punkt des Hergangs entweder gar nicht befragt worden wäre oder sich unklar geäußert hätte. Es ist aber weder eine Lücke, noch eine Dunkelheit in der Aussage des Appel vorhanden. Bedenkliches bei dieser letzteren liegt überhaupt nur darin, daß Appel in seinem ersten Bericht anders über die Veranlassung des Unfalls sich ausgesprochen hat, als in den späteren schriftlichen Berichten und im Termin der Zeugenvernehmung. Dies Bedenken könnte aber durch eine nochmalige Vernehmung des Appel nicht beseitigt werden, und bedarf den Umständen nach keiner Beseitigung.

IV. Der dem Kläger aufzulegende Erfüllungseid war in Gemäßheit der im Obigen dargelegten Auffassung des Beweismaterials und thunlichst im Anschluß an die vom Kläger in erster Instanz in Vorschlag gebrachte Eidesfassung so, wie im Urtheile geschehen, zu formuliren.

Bremen. 8.

Hermann Schaffert als alleiniger Inhaber der Firma **Johann Georg Heyse,** Verlagshandlung zu Bremen, Kläger, wider **C. Eduard Müller** daselbst, Beklagten, Nachdruck betreffend.

---

1) Das Verlagsrecht an einem literarischen Erzeugniß ist, in Ermangelung einer besonderen Verabredung über die Ausdehnung desselben, nur für eine Auflage als eingeräumt anzunehmen.

2) Wenn über eine bestrittene Thatsache im ersten Verfahren noch keine volle den Gegenbeweis ausschließende Gewißheit geliefert worden ist, so hat der Richter darüber ein Beweisverfahren in gewöhnlicher Ordnung zu eröffnen.

3) Das Unterlassen alsbaldiger Beantwortung eines Geschäftsbriefes begründet nur da die Annahme stillschweigender Zustimmung, wo das Zurückhalten mit einer berichtigenden oder entgegentretenden Erklärung sich als Verstoß gegen die contractliche bona fides darstellt.

Rechtsfall. Im Jahre 1852 erschien bei Joh. Georg Heyse ein Schriftchen des jetzt verstorbenen Pastors Fr. Mallet in Bremen: „Die Weisen aus dem Morgenlande. Eine Weihnachtsgabe," in einer besseren und mit der Jahreszahl 1853 in einer geringeren Ausstattung. Am 27. Juli 1863 schrieb Mallet an den Inhaber der Firma H. Schaffert, er habe sein Manuscript damals ohne schriftlichen Vertrag und ohne alle Bedingung übergeben und nur um guten Druck und gutes Papier gebeten, auch das Honorar ganz dem Ermessen des damaligen Disponenten der Firma überlassen, von welchem er dann außer einer Anzahl Freiexemplare 40 ℛ erhalten habe. Jetzt fange das Schriftchen bereits an vergessen zu werden und sei wahrscheinlich vergriffen. Unter diesen Umständen „wage ich die Bitte an Sie, mir ihr Recht an das Schriftchen abzutreten." Auch wenn es

ihm nicht gelänge, es vom nahen Untergange zu retten, würde es ihm eine besondere Freude und die Erfüllung eines lange gehegten Herzenswunsches sein, wenn er von dem Schriftchen sagen könnte, es sei sein und der Seinigen Eigenthum. Schaffert lehnte in einer Antwort vom folgenden Tage die Annahme ab, als sei die Schrift vergriffen und bemerkte weiter, das Manuscript sei ohne Zweifel für alle Auflagen erworben, so daß ihm für eine zweite Auflage gegen Leistung des Honorars das Recht der Vervielfältigung zustehe; doch sei er bereit, über ein Fallenlassen dieses Anrechtes mit Mallet in Vernehmen zu treten.

Nach Mallet's Tode ließen die Erben desselben im Herbst 1867 Schaffert von ihrer Absicht, eine neue Auflage der obigen Schrift zu veranstalten, mit dem Erbieten, die etwa noch vorhandenen Exemplare zu einem mäßigen Preise zu übernehmen, in Kenntniß setzen. Obwohl Schaffert sich auch jetzt auf sein unbeschränktes Verlagsrecht berief, erschien kurz darauf im Verlage von C. Ed. Müller eine neue Auflage der „Weisen aus dem Morgenlande," theils als ein mit besonderen Seitenzahlen versehener Anhang einer Sammlung von Schriften Mallet's — „Neues und Altes. 1868." Zweiter Band von Mallet's früherem Werk „Altes und Neues" —, theils als Separatabdruck hieraus unter eignem Titel. Schaffert klagte hierauf im November 1867 beim Untergericht gegen Müller auf Anerkennung seines Verlagsrechtes, Untersagung des Vertriebs der neuen Auflage und Leistung von Schadensersatz, indem er sich darauf berief, daß seiner Firma das unbeschränkte Verlagsrecht überlassen, auch die erste Auflage noch nicht vergriffen sei. Der Beklagte machte zu seiner Vertheidigung geltend: die neue Auflage sei mit Genehmigung der Mallet'schen Erben veranstaltet, der klägerischen Firma sei überhaupt kein Verlagsrecht an der fraglichen Schrift, viel weniger ein unbeschränktes, übertragen worden, eventuell sei nach Doctrin und wirklichem Gewohnheitsrecht das Verlagsrecht im Zweifel nur für eine Auflage als erworben anzunehmen; übrigens sei die erste Auflage allerdings

als vergriffen anzusehen, da die noch vorhandenen Exemplare wasserfleckig und deßhalb unverkäuflich seien. Im Laufe der Verhandlung wurden außer den auf den Druck der Schrift bezüglichen (noch in das Jahr 1851 fallenden) Briefen auch Mallet's obiger Brief vom 27. Juli 1863 und Schaffert's Antwort vom folgenden Tage zu den Acten gebracht.

1) Das Untergericht

erklärte in seinem Erkenntniß vom 4. Februar 1868 die Klage hinsichtlich der Verletzung des klägerischen Verlagsrechtes an der ersten Auflage für begründet, untersagte dem Beklagten für jetzt den Vertrieb der von ihm veranstalteten neuen Auflage und gab dem Kläger auf, seinen durch die Verletzung entstandenen Schaden nachzuweisen. Wegen des weiter in Anspruch genommenen Verlagsrechtes legte es dem Kläger den Beweis auf,

> daß er an der Schrift „die Weisen aus dem Morgenlande“ von F. Mallet ein unbeschränktes oder doch ein auf mehr als eine Auflage sich erstreckendes Verlagsrecht erworben habe, und daß und welcher Schaden ihm durch die Verletzung dieses Verlagsrechtes entstanden sei.

In den Gründen wurde ausgeführt, es könne nach den beigebrachten Briefen und sonstigen actenmäßigen Umständen nicht in Zweifel gezogen werden, daß dem Kläger seiner Zeit ein Verlagsrecht vom Verfasser eingeräumt worden sei, und dieses müsse gegen den Beklagten ungeachtet der ihm von den Mallet'schen Erben ertheilten Ermächtigung als wirksam erachtet werden; mit der herrschenden Ansicht sei aber davon auszugehen, daß im Zweifelsfalle nur das Recht zu einer Auflage als eingeräumt zu betrachten sei. Freilich spreche sich nun Mallet in dem Brief vom 27. Juli 1863 in einer Weise aus, die auf Uebertragung des unbeschränkten Verlagsrechtes gedeutet werden könnte, indessen sei darin doch nicht ohne Weiteres eine Anerkennung dieses Rechtes zu finden, und durch eine dahin gehende Auffassung Mallet's würde auch ihm und seinen Erben für die Zukunft nicht präjudicirt werden. Sodann wurde ausgeführt, die erste

Auflage könne noch nicht als vergriffen angesehen werden, so daß die Klage hinsichtlich der Verletzung des Verlagsrechtes an der ersten Ausgabe als liquid erscheine.

Beide Theile appellirten, indem der Kläger verlangte, daß sein Verlagsrecht schon jetzt als ein unbeschränktes anerkannt werde, der Beklagte aber sich sowohl darüber beschwerte, daß dem Kläger überhaupt ein Verlagsrecht zugesprochen und eine Verletzung desselben in Ansehung der ersten Auflage angenommen worden sei, als auch darüber, daß der Anspruch des Klägers auf ein unbeschränktes Verlagsrecht nicht sofort definitiv verworfen worden sei.

2) Das Obergericht

verwarf durch Erkenntniß vom 30. April 1868 beide Rechtsmittel als unbegründet und schloß sich im Wesentlichen den Gründen des Untergerichts an.

Beide Parteien appellirten weiter und wiederholten ihre vorigen Beschwerden; der Beklagte nahm aber seine Appellation zurück, und auf die des Klägers erließ

3) das Ober-Appellations-Gericht

am 30. Januar 1869 ein bestätigendes Urtheil aus folgenden Gründen.

Während es in Folge des vom Beklagten erklärten Verzichts auf die von ihm gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 30. April vor. Js. ergriffene Appellation rechtskräftig unter den Parteien feststeht, daß der klägerischen Firma seiner Zeit das Verlagsrecht an dem Mallet'schen Schriftchen „die Weisen aus dem Morgenlande" übertragen worden sei, und das Verlagsrecht auch gegen Diejenigen, welche mit Genehmigung des Verfassers oder seiner Erben einen Wiederabdruck veranstalten, wirksam werde, handelt es sich gegenwärtig nur um die größere oder geringere Ausdehnung dieses Rechtes. Die beiden vorigen Instanzen haben dem Beklagten den Vertrieb des von ihm veranstalteten Neudrucks nur für jetzt, vor völliger Erschöpfung der ersten Auflage, untersagt, und dem Kläger daneben den Beweis auferlegt, daß er ein unbeschränktes oder doch auf mehr als eine

Auflage sich erstreckendes Verlagsrecht erworben habe. Der Kläger verlangt dagegen in seinen beiden, der Sache nach ein Ganzes bildenden Beschwerden, daß sein Verlagsrecht schon gegenwärtig als ein unbeschränktes anerkannt und dem Beklagten der Vertrieb des fraglichen Neudrucks unbedingt untersagt werde. Diesem Verlangen konnte indessen nicht entsprochen werden. Es kommt zunächst

I. auf die allgemeine Frage an, was anzunehmen sei, wenn zwischen Verfasser und Verleger einer Schrift Nichts darüber vereinbart worden ist, ob das Verlagsrecht sich auf eine Auflage beschränken oder auf mehrere, resp. alle Auflagen ausdehnen solle. Denn es ist außer Streit, daß zwischen dem verstorbenen Mallet und der klägerischen Firma beim Abschluß des Verlagsvertrags keine ausdrückliche Bestimmung über diesen Punkt getroffen, insbesondere auch nicht etwa eine gewisse Zahl von Exemplaren festgesetzt worden ist. Die vorigen Instanzen sind von der Ansicht ausgegangen, daß im Zweifel das Verlagsrecht nur für eine Auflage als eingeräumt anzunehmen sei, und dieser Ansicht konnte nur beigepflichtet werden. Der Kläger meint, es liege darin eine aus legislativen Wünschen hervorgegangene Abweichung von dem Satze, daß bei Einräumung eines Rechtes die Absicht einer Beschränkung desselben nicht vermuthet werden könne. Allein mit Unrecht stellt der Kläger hier etwas als allgemeinen Rechtssatz hin, was erst der näheren Unterscheidung und Präcisirung bedarf, um für den einzelnen Fall als richtig gelten zu können. Wenn bei Abschluß eines Vertrags darüber Klarheit herrscht, daß ein nach Art und Gegenstand bestimmt kenntliches Recht des einen Contrahenten von nun an auf den andern übergehen soll, so ist es allerdings selbstverständlich, daß ohne besondere dazu führende Gründe nicht angenommen werden kann, es seien für den Erwerber Beschränkungen beabsichtigt worden, denen der bisherige Inhaber desselben nicht unterworfen war. Sobald dagegen Anlaß zu einem Zweifel darüber gegeben ist, was der wahre Gegenstand der Uebertragung sei, ob ein

Recht auf einen Gegenstand geringeren oder größeren Umfangs, auf ein oder mehrere Objecte, ob ein Recht selbst oder nur gewisse Ausflüsse eines solchen abgetreten werden sollten, dann kann von *Beschränkung* eines Rechtes, dessen Uebergang an sich ausgemacht wäre, nicht die Rede sein, sondern es handelt sich darum, erst zu ermitteln, was und wie viel nach der wahren Willensmeinung der Contrahenten von der einen Seite eingeräumt, von der andern erworben werden sollte. Diese Ermittelung besteht in einer reinen Thatfrage, welche mit Hülfe der allgemeinen Auslegungsregeln gelös't werden muß.

In dem Verhältniß zwischen Verfasser und Verleger eines literarischen Erzeugnisses liegt es nun keineswegs, daß der Erstere sich seines Urheberrechtes selbst völlig entäußere, daß ein einfacher Uebergang dieses Rechtes, ein bloßer Wechsel der Person des Inhabers stattfinde. Die Befugniß, ein literarisches Erzeugniß zum Behuf pecuniärer Verwerthung zu vervielfältigen, wie sie dem Verleger überlassen wird, erschöpft nicht den gesammten Gehalt des Urheberrechtes. Das Urheberrecht hat vielmehr eine umfassendere Bedeutung, und jene Befugniß ist nur eine Art der Nutzung desselben, möge sie auch unter gewöhnlichen Umständen die hauptsächlichste sein. Diese Nutzung wird durch den Verlagscontract ebenso zum Gegenstand eines vom Urheberrecht selbst getrennten besonderen Rechtes gemacht, wie auch an körperlichen Sachen getrennt vom Eigenthum besondere Nutzungsrechte bestehen können. Stellt sich schon hiernach das Argument des Klägers als unanwendbar dar, muß vielmehr, sobald über die größere oder geringere Ausdehnung der Nutzungsbefugniß des Verlegers nichts ausgemacht worden ist, nach der wahrscheinlichen Willensmeinung der Contrahenten gefragt werden, so ist es unverkennbar, daß eine völlig unbeschränkte Ueberlassung des Verlagsrechtes weder das Gewöhnliche noch das Näherliegende ist. Bei der zur Zeit üblichen regelmäßigen Art des Geschäftsbetriebes der Buchhändler sowohl wie der Drucker bildet jede nach Erschöpfung der ersten Auf-

lage eines Buches zu veranstaltende weitere Vervielfältigung und Verbreitung an sich ein neues und selbstständiges gewerbliches Unternehmen. Ob ein Buch wieder aufzulegen sei, und in welcher Weise es geschehen solle, ob unverändert, ob an Inhalt und Form oder einem von beiden mehr oder weniger verändert, ob und welche Vergütung dem Verfasser für die neue Auflage gebühre u. s. w., das sind Fragen, die das Interesse und namentlich auch das pecuniaire Interesse beider Contrahenten berühren, deren Beurtheilung aber nach Zeit und Umständen sehr verschieden sein kann. Das Einfachste und Natürlichste ist es hiernach, wenn der Entschluß über die in Betracht kommenden Fragen erst gefaßt wird, wenn sich die erheblichen Umstände übersehen lassen, also erst dann, wenn der Absatz des Buches soweit gediehen ist, daß sich von irgend einer Seite das Bedürfniß einer neuen Auflage kund giebt. Wenn es nun auch dem Verfasser und Verleger unzweifelhaft freisteht, schon vor dem ersten Erscheinen eines Buches Verabredungen über solche Eventualitäten zu treffen, so befinden sie sich doch dabei mehr oder weniger im Dunkeln über das, was auf den Inhalt des Vertrags von Einfluß sein kann, und handeln mit weit mehr Risico. Daß die Contrahenten sich in solcher Lage im voraus fest binden, und es auf eine künftige Ergänzung des Vertrages durch weitere Verständigung, eventuell durch ein arbitrium boni viri ankommen lassen wollen, kann nicht als wahrscheinlich vorausgesetzt, vielmehr nur dann angenommen werden, wenn es bei Abschluß des Verlagscontractes genügend erkennbar gemacht worden ist. Handelt es sich aber hiernach so gut für den einen wie für den andern Contrahenten darum, ob er sich nur für ein Unternehmen oder zugleich für mehrere künftige Unternehmungen habe binden wollen, so ist es auch nicht ohne Grund, wenn für das bemerkte Ergebniß die gesetzliche Auslegungsregel: semper in obscuris, quod minimum est, sequimur,

l. 9 l. 34 D. de reg. jur.,

mit geltend gemacht wird.

Diesem Ergebniß steht es unterstützend zur Seite, daß, seitdem das Verlagsrecht in Deutschland theils durch die Praxis, theils durch die Gesetzgebung überhaupt zu einem gerichtlich geschützten geworden ist, die Doctrin sich in überwiegender Weise für den vom Kläger bestrittenen Satz erklärt hat. Schon im vorigen Jahrhundert fehlte es nicht an Solchen, die sich ganz im Sinne desselben aussprachen;

s. z. B. Hommel, rhaps. quaest. Vol. VI. obs. 750.

Das preußische Landrecht (Th. I. Tit. 11 § 1011 — 1020) bestimmte freilich theilweise abweichend davon, daß in Ermangelung besonderer Verabredungen das einmal übertragene Verlagsrecht sich auch auf Veranstaltung neuer ganz unveränderter Abdrücke, nicht aber auf fernere Ausgaben mit verändertem Inhalt oder auch nur in verändertem Format erstrecke. Obwohl aber dieser Mittelweg, wie es bei einem noch in der Entwickelung begriffenen Rechtsinstitut erklärlich erscheint, Anfangs auch im Gebiet des gemeinen Rechts hier und da Anklang fand,

s. Kind, quaest for. ed. 2 T. II. c. 66,

und namentlich auch das österreichische Recht (bürgerl. Gesetzbuch § 1164 ff.) sich demselben anschloß, so mußte doch die Unterscheidung jener beiden Fälle mehr und mehr als eine Inconsequenz erkannt werden, und auch in der practischen Anwendung, wie die Bearbeitungen des Preußischen Rechts bestätigen, auf die größten Schwierigkeiten stoßen. Es haben daher nicht nur mehrere neuere Particularrechte, namentlich neben dem bairischen und badischen das K. sächsische,

s. K. sächs. Ges. v. 22. Februar 1844 § 4, und bürgerl. Gesetzbuch v. 1863 § 1142, 1149,

von jener Unterscheidung abgesehen, sondern so viel ist auch bei den Schriftstellern des gemeinen Rechts jetzt allgemein anerkannt, daß die Uebertragung des Verlagsrechtes sich im Zweifel auf eine Auflage beschränke.

Eichhorn, deutsch. Privat-R. § 386,
Mittermaier, Grunds. des deutsch. Pr.-R. ed. 7 § 296a (auch schon in ed. 2 § 204),
Gerber, deutsch. Pr.-R. ed. 8 § 200,

Beseler, Syst. ꝛc. ed. 2 § 230 (ed. 1 § 228),
Bluntschli, deutsch. Pr.-R. ed. 3 § 49 n. 9,
Walter, deutsch. Pr.-R. § 321,
Weiske, Rechtsler. Bd. 4 S. 179,
Bender, Grundſ. des engeren Hdlsr. § 132,
Pöhls, Handelsr. § 107 a. E.,
O. Wächter, das Verlagsr. (1857) S. 259 ff.,
Klostermann, das geist. Eigthm. Bd. 1 (1867) S. 299, 340.

Nur in einer Beziehung waltet noch eine Verschiedenheit der Ansichten ob. Einige der eben angeführten Schriftsteller, nämlich Eichhorn und Bender, nähern sich insofern der Auffassung des preußischen Landrechts, als sie, wenn bei der anfänglichen Uebertragung des Verlags keine Zahl von Exemplaren festgesetzt worden ist, dem Verleger das Recht auf beliebige Wiederholung des Abdrucks der Schrift in ihrer ersten Gestalt zuschreiben, solche Wiederholungen also nur als Fortsetzungen der ersten Auflage ansehen. Die Uebrigen, welche sich über diesen Punkt aussprechen, gehen davon aus, daß, wenn ein maximum weder ausdrücklich festgesetzt, noch als stillschweigend vereinbart anzusehen ist — z. B. mit Rücksicht auf herkömmliche Einrichtungen im buchhändlerischen Verkehr oder im Druckerei-Betrieb — die Zahl der Anfangs zu druckenden Exemplare zwar dem billigen Ermessen des Verlegers (welches nöthigenfalls durch ein arbitrium boni viri oder richterlich zu ergänzen sein würde) überlassen bleibe, eine spätere Vermehrung derselben durch einen neuen, wenn auch unveränderten Abdruck aber unstatthaft sei. Hält man an dem oben hervorgehobenen Satze fest, daß jede weitere Auflage an sich ein neues gewerbliches Unternehmen sei, so kann nur die letztere Ansicht als die richtige anerkannt werden, um so mehr, als auch die beiden als abweichend genannten Schriftsteller dem Verfasser unbedingt das Recht zusprechen, eine verbesserte Ausgabe seines Buches zu veranstalten, sobald die erste Auflage vergriffen sei, dieses Recht aber mit der Befugniß des Verlegers zu wiederholter beliebiger Erneuerung des ersten Abdrucks in schwer lösbare Collision geräth.

Mit Unrecht beruft sich der Kläger für seine Auffassung auf

Runde, deutsch. Pr.=R. § 197 c,

Hillebrand, deutsch. Pr.=R. § 120 Not. 5;

denn der Erstere spricht sich über die vorliegende Frage gar nicht aus, sondern setzt nur die beiden Fälle einander gegenüber, daß das Verlagsrecht nach dem wahren Inhalt des Vertrags in beschränkter Weise, oder ohne Einschränkung übertragen worden sei; und die sehr kurze Aeußerung Hillebrand's läßt es ungewiß, ob er sich nur der Eichhorn'schen Ansicht anschließen oder weiter gehen wollte.

Wenn sich hiernach der vom Kläger bekämpfte Satz schon mit Hülfe der allgemeinen Auslegungsregeln rechtfertigt, so braucht auf die Behauptung des Beklagten, daß derselbe ein wahres Gewohnheitsrecht für sich habe, nicht eingegangen zu werden.

II. Der Kläger meint sodann, es sei bereits durch die concreten Umstände in Gewißheit gesetzt, daß der verstorbene Mallet das Verlagsrecht der fraglichen Schrift wirklich völlig unbeschränkt an die klägerische Firma überlassen habe, und beruft sich deßhalb auf Mallet's Brief an den Kläger vom 27. Juli 1863 und auf den Umstand, daß der Brief des Klägers an Mallet vom folgenden Tage unbeantwortet geblieben sei. Allein mit Unrecht.

Der Brief, worin Mallet ungeachtet der Vermuthung, daß sein Schriftchen wohl vergriffen sein werde, um Abtretung des klägerischen Rechtes an dasselbe bittet und es als Erfüllung eines langjährigen Wunsches, als Gewährung einer Freude hinstellt, das Schriftchen sein und der Seinigen Eigenthum nennen zu können, macht allerdings den Eindruck, als sei Mallet der Ansicht gewesen, daß das Verlagsrecht der klägerischen Firma sich über die erste Auflage hinaus erstrecke. Eine ausdrückliche und klare Anerkennung dieser Ausdehnung enthält der Brief indessen nicht, jener Eindruck beruht vielmehr nur auf Schlußfolgerungen, die um so weniger als sicher bezeichnet werden können, als es unverkennbar Mallet's Zweck war, durch eine in freundlicher Weise versuchte

Verständigung die ausschließliche Disposition über das Schriftchen wieder zu erlangen. Und wenn Mallet auch bestimmter seine Meinung von einem unbeschränkten Verlagsrecht der klägerischen Firma zu erkennen gegeben hätte, so würde man immer mit den vorigen Instanzen sagen müssen, daß ein etwaiger Irrthum hierin ihm nicht unbedingt präjudiciren konnte, also auch nicht jede weitere Ermittelung über den wahren Inhalt des ursprünglichen Verlagscontractes überflüssig macht, zumal da andere Umstände, wie z. B. der, daß die Frage, ob ein Honorar, und welches, für künftige neue Auflagen zu leisten sei, unter den Contrahenten ganz unerörtert geblieben ist, an der Absicht einer unbeschränkten Uebertragung des Verlags Zweifel erregen können. In jedem Falle handelt es sich bei dem Briefe nur um ein nach den Grundsätzen vom außergerichtlichen Geständniß zu beurtheilendes Beweismoment, welches keine volle, den Gegenbeweis ausschließende Gewißheit darbietet, und daher, wie das Ober-Appellations-Gericht schon in zahlreichen Fällen erkannt hat, die Eröffnung eines ordnungsmäßigen Beweisverfahrens nicht entbehrlich macht, eben deßhalb aber auch für jetzt einer näheren materiellen Beurtheilung nicht zu unterziehen war.

Ganz ebenso verhält es sich mit der vom Beklagten nicht bestrittenen Thatsache, daß der Brief, worin der Kläger mit voller Bestimmtheit sich das Verlagsrecht für sämmtliche Auflagen des Schriftchens vindicirte, von Mallet unbeantwortet gelassen worden ist, indem auch hierin höchstens ein zu folgerndes außergerichtliches Geständniß gefunden werden könnte. Denn wenn der Kläger sich auf die geschäftliche Natur der fraglichen Correspondenz und die dabei geltende größere Strenge der Beantwortungspflicht beruft, so hat schon das Obergericht mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß eine solche größere Strenge sich nur für den Verkehr unter Kaufleuten rechtfertigen läßt, und auf einen dem Gelehrtenstande angehörenden Betheiligten nicht angewendet werden kann. Ueberdies hat aber das Ober-Appellations-Gericht das Unterlassen alsbaldiger brieflicher Gegenerklärung stets

nur da als Grund zur Annahme einer Zustimmung erkannt, wo das Zurückhalten mit einer berichtigenden oder entgegentretenden Erklärung sich als ein Verstoß gegen die contractliche bona fides darstellt, wo also namentlich das weitere geschäftliche Verhalten des Urhebers der ersten Mittheilung mehr oder weniger von der zu ertheilenden Antwort abhängig erscheint.

Vergl. Hamb. Samml. Bd. 2 S. 1083.

Daß aber die Lage des vorliegenden Falles durchaus nicht von dieser Beschaffenheit ist, bedarf keiner Auseinandersetzung.

---

9. Hamburg.

Jelenkiewicz & Spiro zu Hamburg, Kläger, wider **Julius Seckel** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Auslegung der Vereinbarung über ein Consignationsgeschäft in Betreff der Frage, ob der Facturapreis als Gränze der Verkaufsbefugniß gesetzt war.

2) Der Commissionär, welcher unter dem ihm gesetzten Preise verkauft hat, ist zu dem Beweise zuzulassen, daß ein Verkauf zu jenem Preise nicht ausgeführt werden konnte und die Vornahme des Verkaufs von dem Committenten Schaden abgewendet habe (Hdlsgstzb. Art. 363).

Rechtsfall. Jelenkiewicz & Spiro gaben im Juli 1866 eine Partie Waaren in Consignation an Julius Seckel, zum Verkauf in Valparaiso durch das dortige Haus des Letzteren, und J. Seckel leistete 50 % Vorschuß darauf. Nachdem das Geschäft mündlich verabredet worden war, hatten Jelenkiewicz & Spiro bei Abfertigung der Waare eine Factura — mit der Ueberschrift „Soll für auf Ihre w. Ordre, Rechnung und Gefahr per Ricardo nach Valparaiso gesandte u. s. w."

— an J. Seckel geschickt und einen Begleitbrief beigefügt, worin es hieß:

„so verpflichten Sie sich freundlichst, laut getroffener mündlicher Uebereinkunft, daß das Nettoprovenue Ihrer seinerzeitigen Verkaufsrechnungen im ungünstigsten Falle diese unsere Facturenpreise deckt.“

J. Seckel wollte den Brief in dieser Fassung nicht annehmen und Jelenkiewicz & Spiro änderten ihn darauf durch Correctur dahin ab:

„so werden Sie freundlichst, laut getroffener mündlicher Uebereinkunft, dafür Sorge tragen, daß das Nettoprovenue“ u. s. w.

Die später von Valparaiso eingegangene Verkaufsrechnung ergab, daß die Waare unter den Facturapreisen verkauft worden war. Jelenkiewicz & Spiro klagten deßhalb gegen J. Seckel auf Vergütung der Differenz, wogegen der Letztere sich auf die geänderte briefliche Erklärung und eventuell darauf berief, daß die Waare mehrfache Mängel gehabt habe.

1) Das Handelsgericht

verurtheilte unter dem 11. Juli 1868 den Beklagten der Klagbitte gemäß. Denn der Wortlaut des Consignationsbriefes, wie er sich durch die Correctur gestaltet habe, sei wie eine Reinschrift allein und ohne Rüsicht auf den etwaigen Sinn der früheren Fassung entscheidend. Die Bedeutung desselben sei aber nicht die, daß der Beklagte nur den höchsten Fleiß anzuwenden habe, um durch sein Haus in Valparaiso thunlichst die Deckung der Facturapreise zu erreichen, sondern vielmehr die, daß der Beklagte für die Deckung der Facturapreise durch den Verkauf aufzukommen habe.

Auf Appellation des Beklagten wies

2) das Obergericht

durch Erkenntniß vom 11. September 1868 die erhobene Klage, als lediglich auf die Behauptung eines gesetzten Limitum gestützt, ab. Die Worte des Consignationsbriefes in seiner geänderten Fassung seien nämlich keineswegs so unzweideutig, daß darauf hin, ohne alle Berücksichtigung der be-

gleitenden Umstände, eine Verurtheilung gerechtfertigt erscheine. Da nun der Beklagte gegen die ursprüngliche Fassung als der Uebereinkunft nicht entsprechend remonstrirt und den Brief an die Kläger zurückgesendet habe, und die Kläger den Brief in der angegebenen Weise geändert hätten, so seien die Parteien, wie hieraus mit Nothwendigkeit folge, darüber einverstanden gewesen, daß der corrigirte Brief den Beklagten in geringerem Maße, als nach der ursprünglichen Fassung, verpflichte. Wenn die Kläger diese Abminderung darin finden wollten, daß der Beklagte nach der früheren Fassung sich verpflichtet haben würde, unter allen Umständen, auch bei Unverkäuflichkeit der Waare, die Facturapreise zu entrichten, während nach der corrigirten Fassung nur nicht unter den Facturapreisen habe verkauft werden dürfen, so sei dieser Versuch völlig unhaltbar, weil eine solche Auslegung der ursprünglichen Fassung gegen die Natur des Consignationsgeschäftes verstoße und auch mit dem übrigen Inhalt des fraglichen Schreibens nicht vereinbar sei. Vielmehr drücke die ursprüngliche Fassung nur die Pflicht aus, nicht unter Facturapreis zu verkaufen, und eben diese Verpflichtung sei durch die Correctur abgelehnt worden. Ueberdies spreche die innere Wahrscheinlichkeit gegen die Annahme, daß der Beklagte sich dazu verstanden haben sollte, 50 % Vorschuß zu leisten, ohne die Berechtigung, nach vergeblicher Aufbietung der höchsten Sorgfalt zur Erzielung der Facturenpreise auch unter diesen Preisen zu verkaufen.

Die Kläger fochten die Competenz des Obergerichts wegen mangelnder Appellationssumme durch eine Nichtigkeitsbeschwerde an und verbanden eventuell damit die Appellation.

3) Das Ober-Appellations-Gericht

verwarf durch Urtheil vom 30. Januar 1869 die Nichtigkeits- sowie die auf denselben Punkt gerichtete erste Appellationsbeschwerde, und änderte in der Sache selbst die obergerichtliche Entscheidung dahin ab, daß der Klaganspruch zwar für liquid zu erklären, dem Beklagten jedoch eine weitere Verhandlung vor dem Handelsgericht zum Behuf der Recht-

fertigung des in Rede stehenden Verkaufs der consignirten Waare vorzubehalten sei. Die Entscheidungsgründe lauten, nachdem das Dasein der Appellationssumme sowohl für die zweite als für die dritte Instanz gezeigt worden ist, dahin.

Mittelst der zweiten Appellationsbeschwerde verlangen die Kläger die Aufhebung der Entscheidung des Obergerichts und eine Herstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses, während sie mittelst der dritten eventuellen Beschwerde auf Grund des eventuellen Klaggrundes, welcher auf dem in der Nichtüberschreibung des Briefes vom 11. Juli 1866 nach Valparaiso gefundenen Verschulden des Beklagten beruht, eine sachgemäße Entscheidung beantragt haben. Diesen Beschwerden war insoweit zu entsprechen, wie aus dem Urtheil ersichtlich ist.

Zunächst irren die Kläger darin, daß sie eine Verpflichtung zur Bezahlung des Facturabetrages unter Abzug des Vorschusses rc. schon aus dem Grunde beanspruchen zu können meinen, weil die Fassung der Rechnung Anl. 1 darauf hinweise, daß der hier ausgeworfene Betrag als Limito anzusehen sei. Daß nämlich in den Facturapreisen als solchen ein Limito für den Commissionär nicht ohne Weiteres liege, vielmehr es deßfalls einer ausdrücklichen oder den Umständen zu entnehmenden Erklärung des Committenten bedürfe, ist bereits wiederholt erkannt. Auch konnte der Eingang der Factura „Soll für auf Ihre w. Ordre, Rechnung und Gefahr per Ricardo nach Valparaiso . . gesandte rc." nicht für so deutlich angesehen werden, um die folgenden Preise als limitirte anzusehen.

Ebenso irren die Kläger, wenn sie die ursprüngliche Fassung des die Commission enthaltenden Briefes vom 11. Juli 1866 Anl. 2 „so verpflichten Sie sich rc.," welcher später die Worte „so werden Sie . . . dafür Sorge tragen rc." substituirt sind, als Uebernahme der Verbindlichkeit des Beklagten erklären, den Klägern unter allen Umständen für die facturirten Preise aufzukommen. Eine derartige Garantie kann zwar den Inhalt eines Tröbelcontractes im weiteren Sinne bilden.

Thibaut, Syst. 8. A. § 555 (896 der früheren) Not. d. Frkf. Wetzlar c. Schmidt Octbr. 1859.*)
Es ließ sich jedoch der Wortfassung nach weder annehmen, daß dies die Absicht der Committenten gewesen sei, noch war andererseits der Auffassung des Obergerichts und des Beklagten beizupflichten, daß die ursprüngliche Fassung des Briefes die Facturapreise als Limito bezeichne und die veränderte Fassung deren Abschwächung beabsichtigt, also nichts weiter als eine Ueberlassung der Waare zum bestmöglichen Verkauf habe bezeichnen können, woraus die Abweisung des erhobenen Anspruchs ohne Weiteres sich ergeben würde.

Beide Fassungen, die ursprüngliche wie diejenige, welche die Basis des derzeitigen Rechtsverhältnisses bildet, enthalten für den Commissionär ein Limito, was, wenn die letztere allein vorläge, nach Maßgabe der Schlußworte, „daß das Netto-Provenue Ihrer seinerzeitigen Verkaufsrechnungen im ungünstigsten Falle diese unsere Facturenpreise deckt,“ sich nicht bezweifeln läßt. Der Unterschied zwischen beiden Fassungen besteht nur darin, daß bei der ersten dem Commissionär der Beweis des Art. 363 des Handelsgesetz-Buchs, daß ein Verkauf zu dem gesetzten Preise sich nicht habe ausführen lassen, und die Vornahme des Verkaufs von dem Committenten Schaden abgewendet habe, abgeschnitten werden, der Commissionär mithin bei einem Verkauf unter dem gesetzten Preise ohne Weiteres zur Berichtigung des Unterschieds zwischen Verkaufs- und Facturapreis verpflichtet werden sollte, während er nach der abgeänderten Fassung zu jenem Beweise zugelassen zu werden berechtigt ist.

Nun könnte es zwar scheinen, als wenn der Beklagte, da er in seiner Vernehmlassung nicht ausdrücklich den betreffenden Einwand erhoben habe, mit demselben nicht weiter gehört werden dürfe, sondern sofort verurtheilt werden müsse. Da indessen bereits in der Vernehmlassung mehrfache Mängel der Waare hervorgehoben worden sind, und in der Duplik wiederholt auf die erst später hervorgetretenen Fehler

*) S. Frankfurter Vereinssamml. Bd. 5 S. 143 f.

Bezug genommen ist, so mußte es, da Kläger in der Replik eventuell die Auflage eines Exculpationsbeweises an Beklagten beantragt, auch in gegenwärtiger Instanz bei Gelegenheit seiner eventuellen Beschwerde einer deßfalls erforderlichen weiteren Verhandlung sich zustimmig erklärt hat, zur allseitigen Wahrung des materiellen Rechtes für angemessen erachtet werden, nach dieser Richtung hin dem Beklagten seine weiteren Zuständigkeiten Zwecks Justificirung des Verkaufes vor dem Handelsgerichte vorzubehalten.

Hamburg. 10.

J. Simon zu Hamburg, Kläger, wider **Julius Hesekiel** daselbst, Beklagten, Schadensforderung, jetzt Beweis betreffend.

Zulässigkeit besserer Beweisführung nach Hamburger Recht. Bei derselben wird vor Allem das Vorhandensein und der Nachweis solcher Umstände vorausgesetzt, welche dem Beweisführer zur Entschuldigung gereichen.

Das ausdrückliche Erbieten zur Beeidigung neuen Vorbringens ist nicht Voraussetzung der Zulässigkeit desselben.

Rechtsfall. Beklagter, der dem Kläger wiederholt gegen Depot von Waaren Vorschüsse geleistet hatte, übergab dem Letzteren eine Abrechnung, in welcher unter dem 28. December 1864 „ein Depot von 41 Fässern Zwetschen, am 28. März fällig," aufgeführt war, worauf sodann vier Vorschüsse nebst den Spesen zum Gesammtbetrage von Bco.ℳ 2069. 6 ß folgen, und es dann weiter heißt: „verkauft an C. D. Cordes 41 Fässer Zwetschen, 30,240 ℔ à 13 ℳ per 100 ℔ Ct.ℳ 3931. 3 ß à 127 % und mit 1 % Bco.ℳ 3064. 8ß."

Der Kläger bemerkt nun in seiner Klage, daß ihm vom Beklagten, obwohl derselbe ohne Consens des Klägers gar nicht hätte verkaufen dürfen, und obschon der Vorschuß erst am 28. März fällig war, dennoch schon ultimo December 1864 die Zwetschen als unter der Hand zu 13 ℔ pr. 100 ℔ verkauft aufgegeben seien. Diesen Verkauf könne er nicht anerkennen, und verlange wenigstens die Differenz zwischen dem aufgegebenen Preise und dem Marktpreis zu der fraglichen Zeit, welcher 18 ℔ 8 ß betragen habe, also eine Differenz von 5 ℔ 8 ß pr. 100 ℔ auf 30,240 ℔ zum Betrage von Ct. ℔ 1663. 3 ß, in welche er den Beklagten zu verurtheilen bitte.

Das Handelsgericht erkannte darauf zunächst am 13. Juni 1867, daß der Beklagte das von ihm behauptete Einverständniß des Klägers mit dem ultimo December 1864 vorgenommenen Verkauf der fraglichen Zwetschen zum Preise von 13 ℔ pr. 100 ℔ zu erweisen habe. Werde dieser Beweis erbracht, so sei Kläger abzuweisen, während im entgegengesetzten Falle Beklagter schadenspflichtig sei, und der Kläger darzuthun habe, daß der Marktpreis für die Waare ultimo December 1864 18 ℔ 8 ß pr. 100 ℔, oder wie viel mehr doch als 13 ℔ gewesen sei. Gegen diesen Beweis aber sei sodann dem Beklagten nicht nur der Gegenbeweis im Allgemeinen, sondern auch salva reprobatione der Beweis nachzulassen, daß „die fraglichen Zwetschen ultimo December 1864 wegen ihrer geringen Qualität nicht mehr als 13 ℔ per 100 ℔, oder doch weniger und wie viel weniger werth gewesen seien, als damals für gute und gesunde Zwetschen am Hamburger Markte bezahlt wurden.

Es handelt sich jetzt, nachdem die übrigen Beweise rechtskräftig zum Nachtheil des Beklagten erledigt sind, lediglich um den letzten von demselben zu führenden Beweis.

Das Handelsgericht erkannte am 12. März 1868, daß dieser dem Beklagten nachgelassene indirecte Gegenbeweis bis auf die reservirte Eidesdelation für verfehlt zu erachten sei, indem, wenn sich auch aus der Aussage von Zeugen

ergebe, daß Zwetschen geringerer Qualität von ihm, dem Beklagten, zum Betrage von 30—40,000 ℔ à 14 ℳ oder 14 ℳ 4 ß verkauft seien, denn doch über die Identität dieses Quantums mit den fraglichen 41 Fässern Nichts nachgewiesen, und eine solche Identität um so weniger anzunehmen sei, da der Beklagte selbst doch „gewiß wahrheitsgetreu" in seiner dem Kläger zugestellten Abrechnung einen Verkauf der 41 Fässer an Cordes zu 13 ℳ aufgegeben habe.

Gegen dieses Erkenntniß wandte der Beklagte die Berufung an das Obergericht ein, unter Bezugnahme auf zwei Atteste, durch welche er einmal die Identität der Waare darthun und sodann den angeblichen, vom Handelsgericht hervorgehobenen Widerspruch der Zeugenaussagen mit seiner eignen Erklärung aufklären wollte, indem er eventuell Zulassung des Ausstellers des einen Attestes als nachträglichen Zeugen beantragte.

Das Obergericht bestätigte jedoch am 1. Mai 1868 das vorige Erkenntniß, und erkannte, daß der Beklagte auch mit seinem neuen Vorbringen nicht zuzulassen sei. Und dieser Entscheidung trat das Ober-Appellations-Gericht am 30. Januar 1869 bei aus folgenden

Entscheidungsgründen:

Es steht rechtskräftig fest, daß der Marktpreis der Zwetschen ultimo December 1864 an der Börse zu Hamburg Ct. ℳ 18. 8 ß gewesen; und ferner, daß der hiergegen dem Beklagten nachgelassene indirecte Gegenbeweis: „die fraglichen 41 Fässer Zwetschen seien wegen ihrer geringen Qualität zur gedachten Zeit nicht mehr als Ct. ℳ 13. oder doch weniger als obgedachter Börsenpreis werth gewesen," bis auf die vorbehaltene Eideszuschiebung durch die in erster Instanz versuchte Beweisführung nicht erbracht sei.

Gegenstand der Beurtheilung ist nur das in zweiter Instanz enthaltene neue Vorbringen zum Nachweis der Identität der klägerischen und der Zwetschen, von welchen die Beweiszeugen des Beklagten reden. Daß nun diese Identität einen wesentlichen Bestandtheil des obgedachten Beweises bildet, ist ohne Weiteres klar. Die Beweisauflage ging nicht

dahin, Kläger habe den Werth seiner widerrechtlich verkauften 41 Fässer Zwetschen, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, darzuthun, sondern dahin, Kläger habe den Börsenpreis von Zwetschen nachzuweisen, und dem Beklagten stehe frei, darzuthun, daß diese 41 Fässer von geringerem Werthe gewesen seien. Dem genügt der Beklagte aber offenbar nicht durch den bloßen Nachweis, daß um die erhebliche Zeit Zwetschen für ihn an Dritte verkauft seien, sondern er muß vor Allem beweisen, daß die verkauften die des Klägers gewesen seien. Dafür liegt aber in den Acten erster Instanz kein Beweis vor. Denn der Umstand, daß der eine Mäkler von 300 Centnern, der andere von 30,000 bis 40,000 ℔ reden, ist zu unbestimmt, um mit Sicherheit daraus entnehmen zu können, daß dieses Quantum von dem Beklagten für klägerische Rechnung verkauft sei; und die einzelnen Käufer, welche nicht sämmtlich abgehört, und deren einzelne Kaufquanten daher für die Größe des Gesammtbetrags bedeutungslos sind, haben ebensowenig, wie die beiden Mäkler darüber, von Wem die Zwetschen herrührten, auszusagen gewußt. Es ist daher bei dem Widerspruch des Klägers anzunehmen, daß dieser erhebliche Punkt nicht in rechtliche Gewißheit gesetzt sei. Einer Hinweisung auf den Widerspruch zwischen der Angabe des Beklagten und den Zeugenaussagen, von denen Jener früher einen Verkauf, eine Uebernahme, der Zwetschen durch Cordes, Diese einen Verkauf des Beklagten selbst bekunden, hätte es daher abseiten des Handelsgerichts nicht bedurft, da dieses die Eideszuschiebung dem Beklagten vorbehält, und der Umstand nicht dazu benutzt ist, um darzulegen, selbst der Gegenbeweis wider den Beweis des Beklagten sei, wenigstens theilweise, geführt. Ob aber, ohne dieses Moment, Anlaß gewesen wäre statt auf die vorbehaltene Eideszuschiebung auf einen Reinigungseid des Klägers zu erkennen, ist eine müssige Frage, indem jedenfalls der von dem Handelsgericht hervorgehobene Umstand das Ergebniß, zu welchem dasselbe gelangt ist, vollständig rechtfertigt.

Gegen dieses Ergebniß sind nun die in voriger Instanz beigebrachten beiden neuen Bescheinigungen gerichtet, die des

Cordes zur Beseitigung des von dem Handelsgerichte geltend gemachten Grundes, die des Ullrich direct für den Identitätsbeweis.

Allein schon in formeller Beziehung sind beide Beweismittel nicht zu beachten. Das erste, bei dem sogar der Nachweis fehlt, daß es von Cordes ausgestellt sei, wie das zweite stellen sich als unbeschworene Aussagen Dritter dar, die nach Ansicht mancher Processualisten gar keinen Werth haben, von dem Ober-Appellations-Gericht zwar in früheren Fällen nicht so streng behandelt sind, allein dann nicht genügen können, wenn die Möglichkeit vorhanden war, die Aussteller zur geeigneten Zeit als Zeugen vernehmen zu lassen, und die Ausstellung nur dazu dienen soll, einen verfehlten Beweis zu stützen.

Außerdem aber ist das Attest von Cordes, obgleich es Dasjenige bezeugt, was der Beklagte zur Beseitigung des Widerspruchs qu. vorgebracht hat, dem Obigen zufolge, weil nur zur Beseitigung eines von dem Handelsgerichte gebrauchten nicht wesentlichen Grundes geeignet, auch materiell bedeutungslos, indem ein Antrag, den zugeschobenen Eid in einen Reinigungseid zu verwandeln, nicht gestellt ist.

Die beiden ersten Beschwerden des Beklagten in voriger und gegenwärtiger Instanz waren daher jedenfalls zu verwerfen, und es bedarf keines Eingehens in die Untersuchung, ob im Uebrigen die Voraussetzungen vorliegen, welche jenes neue Vorbringen formell rechtfertigen würden.

Anlangend dagegen die dritte Beschwerde, betreffend die nachträgliche Zulassung des Zeugen Ullrich, so läßt sich nicht bezweifeln, daß der Inhalt seiner Aussage, wenn sie dem von ihm ausgestellten, in voriger Instanz producirten Attest entspricht, auf die Entscheidung der Sache von Einfluß sein könnte. Es handelt sich daher zunächst um die formelle Zulässigkeit. Hier ist nun so viel klar, daß

1) von einer Verwerfung um deßwillen, weil es in voriger Instanz an einem deßfallsigen Antrag fehle, nicht die Rede sein kann, indem ein solcher Antrag vorliegt, die be-

treffende Behauptung des Klägers in jetziger Instanz mithin actenwidrig ist. Andererseits konnte

2) der Grund des Beklagten, es dürfe auch ihm die Erlaubniß, nachträglich Beweismittel vorzubringen, nicht verkürzt werden, da Kläger im Deductionsverfahren davon Gebrauch gemacht habe, nicht für zutreffend erachtet werden, da, wie das Obergericht mit Recht hervorhebt, nichts darauf hinweis't, das Handelsgericht habe jene formell verspäteten Beweismittel berücksichtigt. Sein Erkenntniß war schon ohnedies, dem Obigen zufolge, vollständig gerechtfertigt, und es läßt sich nicht behaupten, das Handelsgericht müsse unter dem moralischen Eindrucke jener Atteste sein Urtheil gefällt haben. Ebensowenig führte

3) die nur im Hamburgischen Recht unter Umständen anerkannte Zulässigkeit besserer Beweisführung nach Ablauf des Präclusivtermins zu einem dem Beklagten günstigen Ergebniß. Denn von den verschiedenen zur Rechtfertigung eines derartigen Nachtrags erforderlichen Voraussetzungen fehlt es vorliegend jedenfalls an Einer, nämlich dem Vorhandensein einer genügenden Entschuldigung. Die Meinung, daß die bisherigen Beweismittel ausreichen würden, oder das Uebersehen eines für die Beweisführung erheblichen Punktes von Seiten des Sachführers sind keine derartige Entschuldigungsgründe, wenn der Proceßverwirrung nicht Thür und Thor geöffnet werden soll. Auch ist es irrig, dem Kläger eine Schuld beizumessen, daß Beklagter den Beweis auf die Identität der Zwetschen nicht gerichtet habe. Er brauchte gegen den Einredebeweis keinen Gegenbeweis zu führen und brauchte den Beklagten nicht auf den Umfang der diesem obliegenden Beweisführung hinzuweisen; er hatte das Recht, die Unvollständigkeit der Beweisführung noch im Deductionsverfahren geltend zu machen.

Es kommt also darauf an, ob die Nachholung des Zeugen in voriger Instanz an sich noch zulässig war. Nun mußte zwar

a) der von dem Obergerichte angeführte Umstand, Beklagter habe sich zum Eid in Betreff des neuen Vorbringens

nicht erboten, nach wiederholten Entscheidungen: z. B.

in S. Lohmann w. Böcker u. Gen., 25. Januar 1864 z. E.,

für bedeutungslos erachtet werden. Sodann wird

b) der von dem Obergerichte angeführte Grund, Beklagter werde nicht im Stande sein, den Eid zu leisten, daß ihm der neuvorgeschlagene Zeuge zur Zeit seiner Beweisantretung unbekannt gewesen sei, von dem Beklagten in jetziger Instanz in factischer Beziehung als richtig anerkannt. Es fragt sich daher nur, ob er dies in rechtlicher Beziehung ist. Nun hat die Fassung des Eides über neues Vorbringen nach § 73 des J.=R.=A. drei Alternativen, und das Ober-Appellations-Gericht hat früher nicht bloß in der Hamburger Sache

Zadich & Co. w. Amsinck, 29. März 1834, p. 13, in Verbindung mit dem abändernden Erkenntniß,

die dritte — in neueren Proceßgesetzen mit Recht beseitigte — Alternative in Hamburg für practisches Recht erklärt, sondern auch in Sachen,

Amelung w. Stern, 21. Juli 1841, p. 4, 5,

es in die Willkür des Eidespflichtigen gesetzt, zu erklären, auf welche unter jenen Alternativen er Bezug nehmen wolle. Nun fehlt es aber an einer derartigen Erklärung bei dem Obergericht gänzlich, und die Hinweisung auf das neue Vorbringen des Klägers im Deductionstermin ist nicht geeignet, die Stelle der bestimmten Behauptung, man habe ein gewisses Vorbringen nicht für dienlich erachtet, was den Inhalt des Eides bildet, zu ersetzen. Könnte es daher vielleicht schon um deßwillen für bedenklich erachtet werden, ob Beklagter mit der Nachholung in jetziger Instanz zu hören sei, so stellt sich jedenfalls

c) die Zulassung dieses neuen Zeugen, welche an sich nach Stat. I, 37 Art. 7 nicht zu versagen war, um deßwillen als verwerflich dar, weil bei einer solchen mit Strenge an dem Gesichtspunkt festgehalten werden muß, daß, wer nach eröffneten, beziehungsweise erfahrenen Aussagen früherer Zeugen mit neuen Zeugen zugelassen zu werden beabsichtigt,

von Nachlässigkeit frei sein muß. Dafür hat sich das Ober-Appellations-Gericht in Sachen

Haug w. Libbertz cur. bon. 31. März 1846 (Samml. Bd. I S. 606, 607)

ausgesprochen; und von diesem Standpunkt aus wird man nicht umhin können, den Beklagten recht ungünstig zu beurtheilen. Er konnte weder erwarten, daß die beiden Mäkler, noch, daß die Käufer irgendwie im Stande sein würden, etwas darüber auszusagen, von wem der Verkäufer die Zwetschen erhalten habe. Alles, was er erwarten konnte, war, daß die Mäkler das Quantum angeben würden, und daß, wenn er sämmtliche Käufer hätte abhören lassen, daraus hervorgehen werde, die in Depot gegebene und die verkaufte Quantität hätten sich ungefähr gedeckt. Das ist aber nicht in Erfüllung gegangen, und zwar theils durch die in Betreff der Quantität abweichende Aussage der Mäkler, theils durch den eigenen Verzicht des Beklagten auf die Abhörung einiger Zeugen. Alles, was der Beklagte also für sich anzuführen vermag, ist, daß er kein Zwetschenhändler sei; wenn er also Zwetschen verkaufe, so würden es die gewesen sein, welche er damals in Depot bekommen. Nun ist aber so viel von ihm selbst zugestanden, daß er von dem Bruder des Klägers damals ebenfalls ein Quantum in Depot erhalten. Die Möglichkeit ist daher nicht hinwegzuleugnen, daß er auch noch von Anderen ebenfalls Zwetschen in Depot erhielt und verkaufte. Seine Bücher liegen nicht vor, er macht aus Waaren-Depotgeschäften einen Erwerbszweig. Dazu kommt der, doch immer aller Erläuterungen ungeachtet, ungünstige Eindruck, den theils der verfrühte Verkauf des Depots, theils die Abweichungen oder die Mangelhaftigkeit seiner Angaben in Betreff der Person des Käufers machen; und nachgeschobene Zeugen werden, wie das Gericht wiederholt, und zuletzt in Sachen

Grzösch w. Wecker, 18. März 1867 (Samml. p. 207),

ausgesprochen hat, mit Mißtrauen aufgenommen.

Auch die dritte Beschwerde war mithin zu verwerfen.

Lübeck. 11.

Hans Joachim Heinrich Trost zu Tramm, Kläger, wider **Marg. Elisabeth** geb. **Stüve,** verwittwete **Trost,** jetzt des **Hans Heinrich Burmester** daselbst Ehefrau, im Beistande ihres Ehemannes, Beklagte, wegen Herausgabe einer Vollhufe nebst Zubehör u. w. d. a.

---

1) Die durch Gesetz vom 10./15. Februar 1862 ausgesprochene Aufhebung des Erbgutsrechts findet auch auf das zur Stadt Lübeck gehörige Landgebiet Anwendung.

2) Daß der Besitzer eines Bauergutes, dessen Ehe beerbt, nicht die Befugniß habe, über dasselbe von Todeswegen zu Gunsten Dritter unter Ausschluß des Anerben zu verfügen, läßt sich aus der Natur des Meierrechtes im Allgemeinen nicht ableiten.

3) Die gemeinrechtlich zulässige replikarische Klageänderung ist in Lübeck nach der nicht aufgehobenen Bestimmung des Statuts I. 5, 3 nicht statthaft.

Rechtsfall. Der Vollhufner J. F. Trost zu Tramm, einer Lauenburgischen Enclave, welche durch den Möllner Vergleich vom Jahre 1747 unter Lübeckische Hoheit gekommen ist, hatte in seinem am 30. Januar 1866 errichteten Testamente zum Anerben seiner Vollhufe den ältesten seiner beiden Söhne, den gegenwärtigen Kläger ernannt, aber zugleich verfügt, daß derselbe erst mit vollendetem 34sten Jahre die Stelle antreten, bis dahin aber seine Wittwe in unbeschränktem Besitze und Genusse derselben bleiben solle. Der Kläger hat nun, unter der Behauptung, daß die Stelle Erbgut und die Verfügung des Vaters deßhalb ungültig sei, mithin das in Tramm herkömmlich geltende Recht, wornach der älteste Sohn nach erlangter Volljährigkeit die Stelle antrete, zur Anwendung komme, auf Herausgabe der Hufe geklagt.

Beide vorige Instanzen, das Stadt- und Landgericht am 26. April, das Obergericht am 29. Juni 1867, haben die Klage abgewiesen und unter dem 13. Febr. 1869 hat das Ober-Appellations-Gericht das vorige Urtheil bestätigt aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Von den beiden Rechtsgründen, auf welche der auf Beseitigung des väterlichen Testaments, insoweit darin über die zu Tramm belegene Vollhufe zum Nachtheil des Klägers verfügt worden, und deren sofortige Herausgabe gerichtete Anspruch vor dem Stadt- und Landgericht sich stützt, besteht der erste, welcher in der Klagschrift allein geltend gemacht ist, darin, daß die Hufe Erbgut sei, und um deßwillen dem Vater nicht die Befugniß zugestanden habe, letztwillig über die Hufe zum Nachtheil seines Sohnes als nächsten gesetzlichen Erben zu verfügen. Da indessen dieses Fundament durch die beiden vorderen Erkenntnissen beigegebenen Gründe, unter Erklärung der Art. 28, 30 u. 31 des Gesetzes vom 10./15. Februar 1862, verworfen, und in gegenwärtiger Instanz gedachter Rechtsgrund nicht von Neuem entwickelt worden ist, so genügte derzeit eine Bezugnahme auf jene Gründe, da von dem Ober-Appellations-Gerichte angenommen werden mußte, daß nach dem Wortlaut des letzten Artikels das Erbgutsrecht in dem Lübeckischen Landgebiet nicht bei Bestand geblieben ist, indem es weder zu den „besonderen" Rechtssätzen über Erbrecht und Erbtheilung gezählt werden darf, noch angenommen werden konnte, daß unter den „herkömmlich" geltenden Vorschriften auch das Lübeckische Stadtrecht habe gemeint sein sollen, indem dasselbe, wenngleich besonders durch Gerichtsgebrauch auf dem Lande eingeführt, dadurch gleichwohl auch hier seine Eigenschaft als geschriebenes Recht behalten hat; woraus sich ergiebt, daß dessen in Art. 30 des neuen Gesetzes aufgehobene Artikel, und unter ihnen die betreffend das Erbgüterrecht, auch für das Landgebiet außer Geltung gesetzt werden sollten.

Das zweite Fundament, welches von dem Kläger erst in dem zu Protokoll gegebenen replikarischen Vortrag in erster

Instanz geltend gemacht ist, und in gegenwärtiger allein gerechtfertigt wird, besteht in der Behauptung, es gelte in Tramm, ganz abgesehen von der Erbgutseigenschaft, der Rechtssatz, daß der Besitzer einer Bauerhufe, dessen Ehe beerbt sei, nicht die Befugniß habe, von Todeswegen unter Ausschluß des Anerben zu Gunsten Dritter über dieselbe zu verfügen.

Der Geltendmachung dieses rechtlichen Gesichtspunktes hat die Beklagte in gegenwärtiger Instanz zunächst folgenden formellen Einwand entgegengestellt. Die Klagschrift leite die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung über die Hufe daraus ab, daß sie ererbt sei, und behandele den Eintritt des Anerben nur als Folge der Unzulässigkeit der Verfügung über Erbgut. Gegenwärtig solle dies Vorhandensein des Anerben ohne Rücksicht auf den Ursprung der Hufe jeder letztwilligen Verfügung entgegenstehen, es liege mithin eine Klagänderung vor. Eine solche ist nun zwar gegen Kostenerstattung gemeinrechtlich gestattet, jedoch in Lübeck noch jetzt verboten, da die neuere Gesetzgebung den

Art. 1 Stat. 5, 3,

dessen Anwendbarkeit gerade für Fälle der vorliegenden Art von dem Ober-Appellations-Gericht ausdrücklich anerkannt ist:

Geffert w. Boldt Wwe., 17. Mai 1831 pg. 7, 8 (Samml. Bd. 1 p. 319 z. E.),

nicht aufgehoben hat. Allein um jene Klagänderung noch jetzt mit Erfolg geltend machen zu können, müßte feststehen, daß Beklagte sich nicht auf dieselbe eingelassen, worüber die Acten nichts ergeben. Aus den betreffenden Protokollen erhellt vielmehr, daß in den vorderen Instanzen keine Verwahrung dagegen eingelegt ist, wie denn auch in den Gründen beider Erkenntnisse der früheren Richter der zweite Klaggrund ohne Weiteres materiell zum Gegenstand abgesonderter Erörterung gemacht ward. Dieser Einwand entbehrt also mindestens genügender Klarheit und ist jedenfalls um deßwillen zu verwerfen.

Sodann macht die Beklagte geltend, die Hufe sei dem Kläger nicht entzogen, sondern nur der Wirthschaftsantritt hinausgesetzt. Allein wenn der Kläger ein unbeschränktes Recht darauf haben sollte, mit dem Eintritt der Volljährigkeit, von besonderen Behinderungsgründen abgesehen, nach des Vaters Tode die Hufe zu übernehmen, so wäre auch die Hinaussetzung ein unbefugter Eingriff, nach Analogie der Grundsätze über Beschwerung eines Pflichttheils.

Es läßt sich jedoch in der Wirklichkeit ein Rechtssatz der behaupteten Art zunächst aus der Natur des Meierrechtes im Allgemeinen nicht ableiten. Zwar ist es bekannt, daß es Partikularrechte giebt, in welchen jenes strenge Anerbenrecht ausdrücklich vorgeschrieben ist, wie z. B. aus

Pfeiffer, Meierrecht § 24 S. 237 flg.,

zu ersehen ist. Allein gewiß weit häufiger hat andererseits der Satz Geltung, daß auch da, wo Gesetz oder Herkommen unter mehreren gleichnahen Erben, besonders Söhnen, Einen beruft, der Vater unter ihnen zu wählen berechtigt ist:

Pfeiffer, a. a. O. § 26, 47,

Seuffert, Arch. 1, 99 (Wolfenbüttel); 7, 77; 12, 177; 13, 49 (Celle); 19, 255 (Oldenburg).

Und insbesondere hat dieser Satz in dem Herzogthum Lauenburg Geltung:

Spangenberg, in der Fortsetzung von Hagemann's Pract. Erörterungen Bd. 9 № 27 (dem Auszug einer von dem lauenburgischen Landsyndicus Walter 1780 verfaßten Schrift) § 13 S. 174 fg., § 80 S. 239,

zu welchem die Dorfschaft Tramm bis zum Jahre 1747 gehörte, und von welchem sie der Zeit umschlossen ist. Denn in Lauenburg existirt nicht einmal ein Gesetz oder ein allgemeines Herkommen, nach welchem unter mehreren Söhnen Einem der Vorzug gebührte, sondern diese Frage ist nur vermöge speciellen Herkommens auf einzelnen Hufen entschieden:

a. a. O. § 15 S. 178.

Daß aber die hieher überall nicht gehörige Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts in Sachen

Derlien w. Drath, 25. Septbr. 1856 (Jurisprud. Bd. 2 № 368),

an dem Vorstehenden nichts ändert, bedarf kaum einer Bemerkung. Und endlich genügt es in Bezug auf das einzige Argument des Klägers für seine Behauptung, selbstverständlich sei, daß der Sohn, wenn der Vater dessen in der vorhergehenden Ausführung von dem Kläger geschilderten Rechte schmälere, dies als ungültig anfechten könne, darauf hinzuweisen, daß nach allgemeiner Lehre zwar das gesetzliche Erbrecht die unerläßliche Voraussetzung des Notherbenrechts ist, nicht aber umgekehrt in allen Fällen des gesetzlichen Erbrechts bis zu einem gewissen Grade ein Notherbenrecht in gleichem Umfange anerkannt wird, ein solcher vielmehr eine ausdrückliche Sanction voraussetzt, und zwar durch Gesetz oder durch Herkommen. Daß nämlich auch durch Herkommen, ebenso wie durch Gesetz, die Grundsätze des strengen Anerbenrechts sich Geltung verschaffen können, ist unzweifelhaft.

Es erübrigt daher nur noch die Frage zu erörtern, ob dem Kläger der Beweis des von ihm in der Replik behaupteten und in der Appellationsschrift wiederholt in Bezug genommenen Herkommens nachzulassen sei. An jeder näheren Substantiirung desselben fehlt es; namentlich, und darauf würde es vor Allem ankommen, ist kein Fall namhaft gemacht, in welchem ein letzter Wille, welcher über eine Hufe als wohlgewonnenes Gut zum Nachtheil eines Kindes verfügt hätte, für ungültig erklärt wäre.

Vielmehr weisen umgekehrt die mit der Vernehmlassung jetziger Instanz beigebrachten Testamentsauszüge darauf hin, daß das Testiren in der in Rede stehenden Gegend nichts weniger als ungewöhnlich ist bei dem Vorhandensein leiblicher Kinder; und insbesondere, daß der Antritt der Hufe in eine spätere Lebenszeit des Anerben, nach der Volljährigkeit verlegt und der Mutter bis dahin die Bewirthschaftung überlassen zu werden pflegt. Bei allen diesen von der Beklagten angeführten Fällen darf nun zwar nicht übersehen werden, daß letztwillige Verfügungen als einzelne zum Nachweis eines Rechtssatzes nicht ausreichen, da die Verletzten nicht selten aus sehr verschiedenen Gründen sich dem Unrecht

unterwerfen. Nur dann, wenn in einer Mehrzahl die gleiche Anschauung wiederkehrt, bieten sie, namentlich für die ältere Zeit, ein wichtiges Mittel zur Erforschung des Rechts. Die angeführten Fälle beweisen also bei Weitem nicht vollständig, daß der behauptete Rechtssatz nicht existire, dergestalt, daß der Beweis durch Gegenbeweis bereits beseitigt wäre.

Nun kommt aber ferner in Betracht, daß gerade im Lauenburgischen in der Weise wie aus den obgedachten Testamenten hervorgeht, die Interimswirthschaft nicht selten über das 25ste Lebensjahr des Mündels hinaus bis zum 28sten fortdauert:

Spangenberg, a. a. O. § 93 S. 246.

Ist aber das richtig und hier anwendbar, so hätte der Kläger keine Aussicht, einen ihm etwa nachzulassenden Beweis zu führen.

Allen diesen Momenten gegenüber würde die nähere Substantiirung eines Herkommens unabweisbare Pflicht des Klägers gewesen sein, und mußte daher, bei gänzlichem Mangel jeder näheren Darlegung des Herkommens, von einer Beweisnachlassung um so mehr abgesehen werden, als es nach Maßgabe der Aeußerungen des Klägers beim Aufgeben der zweiten und dritten Beschwerde in gegenwärtiger Instanz mindestens zweifelhaft ist, ob das Minus seiner ersten Beschwerde, die Beweisnachlassung in Betreff ihres Inhaltes, überhaupt seinen Absichten entsprochen haben würde.

Lübeck. 12.

Arthur Hugo von Treuenfels auf Benz in Mecklenburg-Schwerin, vertreten durch Dr. **H. Klug** in Lübeck, Kläger, wider **F. Kruse** in der Vorstadt St. Gertrud daselbst, Beklagten, wegen Sicherstellung.

Daß nach dem Lübecker Partikularrecht ein Anspruch auf Sicherstellung gegen mit Grundeigenthum in Lübeck angesessene Personen bei noch nicht fälliger Forderung absolut ausgeschlossen sei, ist nicht anzunehmen.

Rechtsfall. Der Beklagte hatte vom Kläger zum Ankaufe eines Mühlengeweses zu Rücknitz verschiedene Darlehen zum Betrage von 7000 ℛ︁, 500 ℛ︁ und 400 ℛ︁ erhalten, über deren Rückzahlung ein Proceß anhängig gemacht worden ist. Während dieses Processes trat der Kläger mit einer anderen auf Sicherheitsleistung gerichteten Klage hervor, auf welche es hier ankommt und zu deren Begründung folgendes vorgetragen ward.

Für die Hauptforderung von 7000 ℛ︁ habe nämlich Beklagter in dem betreffenden Schuldschein nicht nur sein gesammtes Vermögen und speciell die Mühle zu Rücknitz mit Zubehör verpfändet, sondern dem Kläger in einer besonderen Clausel außerdem noch die Befugniß eingeräumt, „sich ein specielles Pfand nach eigenem Gutbefinden zu erwählen und solches zu seiner Befriedigung rechtlicher Art nach zu verfolgen.“ Vergeblich habe er, Kläger, nun auf Sicherstellung seiner Forderung sich bei dem Beklagten bemüht. Die fragliche Mühle habe Letzterer weiter verkauft, und den Kaufpreis theils durch Eintragung einer hypothekarischen Forderung, theils durch Ueberweisung eines Grundstückes in Grevismühlen erhalten. Aber nur das Letztere bilde — da die eingetragene Hypothek von 12,000 ℔ bei einem stattgehabten

Zwangsverkaufe der Mühle verloren gegangen — außer unbedeutenden sonstigen Activis das ganze Vermögen des Beklagten, der somit in einer Lage sich befinde, welche die Sicherheit des Klägers für seine Forderung von fast 8000 ℳ nur gering erscheinen lasse. Unter diesen Umständen habe er ein vorläufiges Veräußerungsverbot auf das Haus des Beklagten in Grevismühlen bewilligt erhalten, und bitte nun klagend darum, daß dies Inhibitorium in Ermangelung anderweitiger vom Beklagten etwa zu leistender Sicherheitsbestellung an und bei Macht erkannt werde.

Das Stadt- und Landgericht erkannte darauf am 10. Juli 1868, daß Kläger unter Verurtheilung in die Kosten mit seinen Anträgen auf Sicherstellung abzuweisen, auch das in provisorio erlassene Inhibitorium wieder aufzuheben sei, in Erwägung

1) daß Kläger, welcher angeblich aus drei verschiedenen Anleihen die Summe von 7900 ℳ zu fordern hat, sich zu den beantragten provisorischen Maßregeln rücksichtlich des dem Beklagten gehörigen Grundeigenthums zu Grevismühlen hauptsächlich auf Grund der dem Schuldschein — Anl. I — beigefügten Hypothekclausel berechtigt erachtet;

Klage S. 6/7;

2) daß die auf halbjährige Kündigung stehende Schuld nach Inhalt des Scheines laut Anl. 2 erst am 21. April ds. Js. gekündigt, mithin noch nicht zahlfällig ist;

daß nun nach unzweifelhafter hiesiger Praxis jene Clausel nur ein Vorzugsrecht im Concurse gewährt, indem das ehemals dem Gläubiger zustehende Recht auf Grund eines zahlfälligen Hypothekwechsels unter Umständen durch Impetrirung eines Generalarrestes das Concursverfahren einzuleiten, durch § 10 der Concursordnung vom 17. Septbr., 6. October 1862 auf die Schuldforderungen übertragen ist;

3) daß Kläger mit seinen Anträgen hiernach nur in soweit zu hören ist, als er nach den allgemeinen Grundsätzen über Arreste und provisorische Verfügungen zu denselben berechtigt sein möchte;

daß hiernach es aber an einer genügend bescheinigten, ja selbst an einer gehörig substantiirten causa arresti fehlt, da eine ungünstige Vermögenslage und ein nicht etwa durch Verschleuderung herbeigeführter Verfall des Vermögens dazu nicht hinreichend ist;

4) daß von dem Ober-Appellations-Gericht in Kierulff, Entscheidungen 1867 pg. 56, zur Begründung des Arrestes auch eine Verschuldung des Beklagten verlangt wird, welche an sich in dem Umstande, daß Beklagter Versicherungsgelder von 7000 ℔ für die abgebrannte Windmühle nicht zum Aufbau einer neuen gebraucht hat — abgesehen davon, daß er sie zur Verbesserung der Wassermühle verwandt haben will —, schon deßhalb nicht gefunden werden kann, weil eine anderweitige Verwendung jener Summe unter den vorliegenden Umständen seine gegenwärtige Vermögenslage nur verbessern kann;

5) daß zwar in der Anl. 1 dem Gläubiger die Befugniß beigelegt ist, „sich ein specielles Unterpfand nach eigenem Gutbefinden zu erwählen und solches zu seiner Befriedigung rechtlicher Art nach zu verfolgen," und hierin die Verpflichtung des Beklagten gefunden werden könnte, das fragliche Grundstück in Grevismühlen dem Kläger auf Verlangen specialiter zu verpfänden;

daß jedoch selbst die schon sehr bedenkliche Frage, ob in dem petitum auf Erlaß eines Verbots der Veräußerung und Verpfändung bis zur Entscheidung in der Hauptsache wegen der Forderung von 7000 ℛ︁ das Gesuch um Bestellung einer Specialhypothek an dem Grundstück als ein minus enthalten sei, unerledigt bleiben mag, da beide Theile weder in den schriftlichen noch in den mündlichen Verträgen auf diesen passus des Schuldscheins und das etwa daraus abzuleitende besondere Recht des Gläubigers Rücksicht genommen haben, und es deßwegen kaum möglich sein möchte, diese Vertragsclausel mit Sicherheit auszulegen und in Anwendung zu bringen;

6) daß die Ableugnung der Schuld und der Ausstellung des Schuldscheins Seitens des Beklagten allein zur Aufhebung

des Arrestes nicht führen würde, sondern, falls nur die causa vorläge, die Auflegung eines Beweises veranlassen müßte.

Am 3. October 1868 bestätigte das Obergericht das vorige Erkenntniß, in Erwägung,

daß eine Specialhypothek der Kücknitzer Mühle nach Lübecker Recht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch bestellt werden könne, und das in dem Schuldschein vom Beklagten dem Kläger gegebene Versprechen nur als ein Vertrag über künftige Bestellung einer Hypothek aufzufassen sei,

daß ferner die Rechte, welche der Kläger aus einem solchen Vertrage auf Sicherstellung durch das in Grevismühlen belegene Grundstück erworben haben könnte, nur eine Klage auf Bestellung einer Hypothek an jenem Grundstück erzeugen würden,

daß folglich durch die dem Kläger obliegende Bescheinigung einer iusta causa arresti dem Richter die Ueberzeugung gewährt werden müßte, daß sowohl wegen Zahlung der Schuld Gefahr vorliege, als auch der Erfolg einer auf Hypothekbestellung gerichteten Klage zweifelhaft sei, in dieser Beziehung aber Genügendes vom Kläger nicht vorgebracht worden wäre.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward darauf am 13. Februar 1869 erkannt,

daß die Förmlichkeiten der Appellation für gewahrt zu achten, auch in der Sache selbst, wie hiemit geschieht, das Erkenntniß des Obergerichts der Freien Hansestadt Lübeck vom 3. October 1868 zwar, soviel die in der Klage erwähnten Darlehen von 500 ℳ und 400 ℳ betrifft, zu bestätigen, im Uebrigen aber aufzuheben, das in provisorio erlassene Inhibitorium wieder herzustellen und Kläger schuldig sei, dem Beklagten Gegenbeweis vorbehältlich, wie Recht zu erweisen:

> daß er im Jahre 1859 dem Beklagten ein Darlehen von 7000 ℳ Pr. Crt. gegeben und dieser versprochen habe, ihm zur Sicherheit für dasselbe eine Specialhypothek an der Kücknitzer Mühle sammt Zubehör zu bestellen.

Entscheidungsgründe.

I. Den vorigen Gerichten muß darin beigetreten werden, daß, abgesehen von dem Inhalte des Schuldscheins Anl. 1, die erhobene Klage auf Sicherstellung der genügenden Begründung durchaus entbehrt.

A. Nicht allein zur Zeit der Klaganstellung, sondern auch noch zur Zeit der in beiden vorigen Instanzen ergangenen Erkenntnisse war die Forderung von 7000 ℳ, welche das hauptsächliche Substrat des klägerischen Antrags bildet, noch nicht fällig. Das gesteht Kläger selbst zu. Die beiläufige Bemerkung in der Klage: Beklagter sei bereits seit Jahren, und namentlich seit Verkauf der Kücknitzer Mühle, zur Rückzahlung des fraglichen Darlehens wiederholt aufgefordert worden, sollte — wie der Zusammenhang ergiebt — nicht als Behauptung, worauf Kläger seine Intention zu stützen gedachte, gelten, oder ist doch jedenfalls als solche nicht weiter verfolgt. Nun verdient freilich

1) die Ansicht des Beklagten, daß nach Lübeckischem Partikular-Rechte ein Anspruch auf Sicherstellung gegen im hiesigen Staate mit Grundeigenthum angesessene Personen, bei noch nicht fälliger Forderung, absolut ausgeschlossen sei, keinen Beifall. Das Stadtrecht Lib. III. Tit. 1 § 8 handelt gar nicht von Sicherstellung, sondern von Einforderung der Schuld selbst; Tit. 5 § 5 daselbst spricht nur von „unbeschwerten Gütern," dergleichen der Beklagte eingestandenermaßen im Lübeckischen Staatsgebiete nicht hat, und schließt — im Beihalte des am Schlusse des § angeführten Grundes — Ausnahmen nicht unbedingt aus. Die die Proceßkosten-Caution betreffende Bestimmung in § 35 № 1 der Lüb. Civ.-Proc.-Ordnung aber ist singulärer Natur und unterliegt keiner Ausdehnung auf sonstige Fälle, wo ein Recht auf Sicherstellung begründet ist. Dagegen ist es

2) unzweifelhaft, daß ein Fall, wo, ohne einschlagende Vertragsbestimmungen, lediglich auf Grund allgemeiner Principien des gemeinen Rechts Sicherheitsleistung wegen einer

noch nicht fälligen Forderung begehrt werden kann, hier nicht vorliegt. Es genügt in dieser Beziehung eine Verweisung auf die Gründe der vorigen Gerichte. Was Kläger zur Widerlegung derselben in gegenwärtiger Instanz vorgebracht hat, ist lediglich dem Inhalte der Anl. 1 entnommen und kommt daher hier noch nicht in Betracht.

Die Forderungen von 500 und 400 ℛ︀ sollen zwar schon zur Zeit der Klaganstellung fällig gewesen sein. Wegen dieser verhältnißmäßig unbedeutenden Beträge aber wäre ein Antrag auf Sicherheitsleistung, bei den vom Kläger selbst angegebenen Vermögensverhältnissen des Beklagten, offenbar in keiner Weise motivirt gewesen, wie denn auch eine separate Behandlung dieser beiden kleinen Schuldposten klägerischerseits gar nicht versucht worden ist.

B. Am 21. October 1868, also nach Erlassung des Obergerichts-Erkenntnisses vom 3. ejusd., aber noch vor Einführung der Appellation beim Ober-Appellations-Gericht (24. November), ist nun freilich auch die Forderung von 7000 ℛ︀ — wenn sie in Uebereinstimmung mit Anl. 1 überhaupt existirt — fällig geworden. Allein könnte und wollte man auch diesen im Laufe des Processes eingetretenen Umstand in Berücksichtigung ziehen, und die Sache nunmehr so beurtheilen, als sei der Antrag auf Sicherstellung in Beziehung auf eine bereits fällige Forderung angebracht, so würde damit dem Kläger nicht geholfen sein. Es kämen dann nicht mehr die Grundsätze zur Anwendung, welche nach den von den vorigen Gerichten in Bezug genommenen Ausführungen des Ober-Appellations-Gerichts:

Kierulff, Samml. III. S. 54, 55,

im Falle noch nicht eingetretener Klagbarkeit der sicher zu stellenden Forderung maßgebend sind, sondern die Sache wäre lediglich nach den Regeln des Arrestprocesses zu beurtheilen. Nach den Ausführungen der vorigen Gerichte bedarf es aber keiner näheren Darlegung mehr, daß es nicht allein an jeder Bescheinigung, sondern selbst an der Behaup-

tung einer iusta causa arresti in der gewöhnlichen Bedeutung dieses Ausdruckes:

vgl. Bayer, Summar. Proceß § 24 № 7,

fehlt.

II. Zu einem andern Ergebnisse gelangt man dagegen, soviel das Darlehen von 7000 ₰ anlangt, — die Richtigkeit des Inhaltes der mit der Klage producirten Schuldurkunde Anl. 1 vorausgesetzt — auf Grund der aus diesem Documente ersichtlichen vertragsmäßigen Bestimmungen. Dasselbe enthält zwei die Sicherstellung des Gläubigers für das fragliche Darlehen bezweckende Clauseln. Zunächst wird demselben, unter Verpfändung des gesammten Vermögens des Schuldners, die Befugniß eingeräumt, sich aus diesem nach Gutbefinden ein specielles Pfand zu erwählen und solches zu seiner Befriedigung rechtlicher Art nach zu verfolgen. Dann erklärt der Schuldner weiter:

„Von meiner Seite werden als besondere Hypothek „die bei Lübeck belegene Kücknitzer Mühle nebst allem Da-„zu-Behör, bestehend in Wasser-, Windmühle, Acker, Wiesen „u. s. w., sowie auch mein gesammtes Inventarium, kraft „dieses, zur Sicherheit des vorbenannten Capitals und „dessen Zinsen bestellt."

Nur auf die erste dieser Clauseln beziehen sich die im fünften Entscheidungsgrunde des Stadt- und Landgerichts-Erkenntnisses vom 10. Juli 1868 hervorgehobenen Bedenken; wogegen die Erörterungen im ersten und zweiten Entscheidungsgrunde des Obergerichts-Erkenntnisses vom 3. October die vom Stadt- und Landgerichte gar nicht in nähere Erwägung gezogene zweite Clausel zum Gegenstande haben. Während nun jene Bedenken des erstinstanzlichen Erkenntnisses im Wesentlichen getheilt werden müssen, kann dem Obergerichte in Beziehung auf die aus der zweiten Clausel zu ziehenden Folgerungen nicht beigetreten werden. Was nämlich

A. die rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit dieser Clausel an sich anlangt, so involvirt dieselbe

1) zwar nicht die wirkliche Bestellung, wohl aber, wie auch die vorigen Richter annehmen, einen Vertrag über die noch zu bewirkende Bestellung einer Specialhypothek an dem bezeichneten Grundeigenthum mittelst Eintragung derselben in das Hypothekenbuch.

2) Bestand aber eine derartige Verpflichtung des Schuldners, und hat derselbe nicht allein deren Erfüllung unterlassen, sondern auch durch den von ihm vorgenommenen Verkauf des fraglichen Grundeigenthums sich selbst außer Stand gesetzt, seinem Versprechen annoch nachzukommen, so liegt hierin ein Vertragsbruch, gegen dessen nachtheilige Folgen der Gläubiger geschützt zu werden verlangen kann. Eine Klage darauf, daß der Schuldner die Bestellung der fraglichen Hypothek noch nachträglich von dem Käufer des Immobile auswirke, wäre zwar an sich denkbar, ist aber im vorliegenden Falle, wo die Kücknitzer Mühle nebst Zubehör im Wege des Zwangsverkaufs bereits weiter veräußert und vom Kläger selbst erworben worden ist, nicht mehr möglich. Jedenfalls kann der Gläubiger auf eine derartige Klage, deren Erfolg, weil von dem guten Willen eines Dritten abhängig, ganz unsicher ist, nicht beschränkt sein. Es würde dabei, der Regel nach, schließlich doch auf einen bloßen Entschädigungsanspruch gegen den vertragsbrüchigen Schuldner hinauskommen, damit aber gerade das vereitelt werden, worauf doch bei Abschluß des Vertrages die Absicht beider Contrahenten gegangen ist: daß nämlich dem Schuldner nur gegen Bestellung einer Specialhypothek — also gegen eine von ihm zu leistende genügende Sicherheit — Credit gewährt werden sollte. Dem Gläubiger muß vielmehr, wenn das fragliche Versprechen nicht ganz illusorisch bleiben soll, ein Klagerecht auf ein aequipollens der versprochenen Leistung, die Bestellung einer anderweiten genügenden Sicherheit, eingeräumt werden. Auch liegt kein Grund vor, im vorliegenden Falle das Recht des Klägers, mit dem Obergerichte, darauf zu beschränken, daß er die specielle Verpfändung desjenigen Grundstückes, welches Beklagter beim Ver-

kaufe der Rücknitzer Mühle als Deckung für einen Theil des Kaufpreises übernommen hat, fordern könne. Der Grundsatz, daß der Erlös an Stelle des Pfandes trete, findet hier, wo ein Pfandrecht noch gar nicht bestand, sondern nur eine Obligation zur Errichtung eines solchen, keine Anwendung. Das Recht des Gläubigers geht vielmehr allgemein darauf, daß der Schuldner ihm, statt des versprochenen aber nicht geleisteten und jetzt nicht mehr leistbaren Specialpfandes, in anderer Weise (durch Bürgen, Pfand oder Deposition) Sicherheit für seine Forderung verschaffe. Worin diese Sicherheit zu bestehen habe, würde, wenn sich die Parteien darüber nicht vereinigen könnten, im Executionsverfahren, auf Antrag des Gläubigers, durch den Richter zu bestimmen sein. Bei solcher Lage der Sache muß aber

3) der Kläger auch für befugt erachtet werden, bis zur effectiven Leistung dessen, worauf, den vorstehenden Ausführungen zufolge, sein eigentliches Recht geht, durch eine interimistische Sicherheitsmaßregel seine Interessen zu schützen. Denn er ist durch das widerrechtliche Verfahren seines Mitcontrahenten in der Lage, der vertragsmäßigen Sicherheit für ein Darlehen noch immer zu entbehren, auf deren sofortige Bestellung er, nach Maßgabe des ihm ertheilten Versprechens, rechnen durfte, und in deren Voraussetzung er allein dem Schuldner Credit gewährt hat; und hieraus können ihm in jedem Augenblicke Nachtheile erwachsen, welche durch eine spätere Entschädigungsklage möglicherweise nicht mehr zu repariren sind. Als eine solche den Verhältnissen angemessene interimistische Sicherheitsmaßregel erscheint das vom Kläger beantragte Veräußerungsverbot. Dem Beklagten wird durch ein solches Verbot, wenn es causa cognita mit der Beschränkung erlassen wird, daß dasselbe nur bis zur vertragsmäßigen Sicherstellung des Klägers für seine Darlehnsforderung von 7000 ℳ fortbestehen solle, nicht zu nahe getreten, da das Grundstück, worauf sich das Verbot bezieht, unzweifelhaft weniger werth ist, als die klägerische Forderung beträgt, und es nur von dem Beklagten abhängt, das Ver-

6*

äußerungsverbot durch Leistung derjenigen Sicherheit, worauf das eigentliche Recht des Klägers geht, wieder zu beseitigen.

Hiernach kann es für die Begründung des Klaganspruchs nur noch

B. darauf ankommen, ob die angestellte Klage der im Vorstehenden erörterten materiellen Berechtigung des Klägers entspricht. Hier erscheint nun

1) soviel gewiß, daß Kläger ein Recht auf Sicherstellung seiner Forderung (durch Bürgen, Pfand oder baare Hinterlegung) behaupten und in judicium deduciren wollte. Derselbe hat beim Stadt- und Landgericht zunächst (nach § 41 der Lüb. Civ.-Proc.-Ordn.) einen Antrag auf Verfügung einer provisorischen Sicherheitsmaßregel gestellt, damit jedoch die Klage, für deren Anstellung er noch 7 Tage Zeit gehabt hätte (§ 42 das.), alsbald verbunden. Durch diese Klage mußte er, und wollte er folglich „den Anspruch, zu dessen Sicherung die provisorische Verfügung erbeten war, verfolgen." Als solchen Anspruch kann er die betreffenden Darlehnsforderungen selbst und unmittelbar nicht angesehen haben. Denn diese werden im gegenwärtigen Processe nicht verfolgt. Wegen der Darlehen von 500 und 400 ℛℳ war bereits eine Klage anhängig. Wegen des Darlehens von 7000 ℛℳ ist dieselbe erst viel später erhoben worden. Der Anspruch, der durch die provisorische Maßregel geschätzt werden sollte, war vielmehr kein anderer, als das Recht auf Sicherheitsleistung, welches Kläger auf Grund der in der Klage enthaltenen Thatsachen sich zuschrieb. Dies hat er auch mittelst des gewählten Rubrums: „pcto. Sicherstellung," sowie im Contexte der Klage, und durch Aufnahme jenes Anspruchs, wenngleich in Form einer bloßen Resolutivbedingung, in das Petitum:

> verb. „es sei denn, er (Beklagter) könne den Kläger „in sonst gerichtlich für genügend befundener Weise wegen „künftiger Befriedigung aus seiner Forderung — — — „durch Bürgen, Pfand oder Deposition sicher stellen,"

zu erkennen gegeben. Aus diesem Petitum ergiebt sich weiter

2) daß die Intention des Klägers der oben erörterten rechtlichen Sachlage auch darin entsprach, daß das in provisorio ausgewirkte und durch die Definitivsentenz zu manutenirende Veräußerungsverbot nur eine interimistische Maßregel bis dahin bilden sollte, daß Beklagter dem Rechte des Klägers auf Leistung einer genügenden Sicherheit für seine Darlehnsforderung entsprochen haben werde. Wenn Kläger nicht, wie er nach den Ausführungen unter A gekonnt hätte, neben dem interimistischen Veräußerungsverbote die Verurtheilung des Beklagten zur Leistung der fraglichen Sicherheit beantragt, demselben aber freigestellt hat, durch eine solche das Veräußerungsverbot wieder zu beseitigen, so ist dadurch die Lage des Beklagten nicht erschwert, sondern vielmehr erleichtert worden.

3) Am zweifelhaftesten erscheint es, ob Kläger die Absicht gehabt und genügend zu erkennen gegeben hat, seinen Anspruch auf Sicherstellung auch auf die hier fragliche Vertragsclausel zu gründen. Indessen muß diese Frage bejaht werden. Mit der Klage ist der Schuldschein Anl. 1 producirt, und in der Replik ist ausdrücklich behauptet worden — was schon in jener Production stillschweigend lag —, daß dieser Schuldschein vom Beklagten oder doch in dessen Namen und mit seinem Wissen und Willen ausgestellt, unterschrieben und untersiegelt worden sei. Damit hat Kläger den Inhalt der Anl. 1 zu einem Theile seiner factischen Klagbehauptungen gemacht. Zwar fehlt es in der Klagschrift an einer ausdrücklichen Hervorhebung des in dem Schuldscheine enthaltenen Versprechens einer an der Kücknitzer Mühle nebst Zubehör zu bestellenden Specialhypothek. Allein wenn angeführt wird, daß Beklagter den wiederholtesten Aufforderungen, das vom Kläger empfangene Geld durch Protokollation in dem (Kücknitzer) Mühlengewese sicher zu stellen, nicht nachgekommen sei, dasselbe vielmehr verkauft habe, so liegt darin unverkennbar, der Sache nach, eine Bezugnahme auf die hier in Rede stehende Clausel, da nicht wohl abzusehen ist, zu welchem anderen Behufe jene Anführung hätte dienen

sollen, als zur Darlegung eines rechtswidrigen Verhaltens des Beklagten, und woraus Kläger ein Recht auf die fragliche Protokollation sonst hätte wollen ableiten können, als aus dem in Anl. 1 enthaltenen Versprechen des Beklagten. Daß Kläger jedenfalls in den mündlichen Verhandlungen dieses Versprechen zur Begründung seines Anspruchs auf Sicherstellung geltend gemacht hat, ergiebt sich aus den Entscheidungsgründen beider vorigen Erkenntnisse. In gegenwärtiger Instanz ist dies wiederholt geschehen, und Beklagter hat gegen die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf die zweite Clausel (specielle Verpfändung der Kücknitzer Mühle) der Anl. 1 keine Einwendung erhoben, was um so erheblicher erscheint, als derselbe die im Appellationslibelle ebenfalls vorkommende Berufung des Klägers auf die erste Clausel, wodurch ihm die Auswahl eines Specialpfandes aus dem gesammten Vermögen des Schuldners gestattet worden, für ein unstatthaftes neues Vorbringen erklärt und gegen dasselbe protestirt hat.

Den vorstehenden Erörterungen zufolge muß zwar bezüglich der Darlehen von 500 ℳ und 400 ℳ, bei welchen es an jedem Rechtsgrunde für die beantragte Sicherstellung fehlt, das angefochtene Erkenntniß bestätigt werden. Soviel das Darlehen von 7000 ℳ anlangt, erscheint dagegen die Klage an sich begründet, und kommt es

III., da Beklagter eigentliche Einreden nicht vorgebracht hat, nur noch auf die Beweisfrage an. Einer sofortigen Liquidstellung bedurfte es für die Klage nicht. Es erscheint vielmehr ein förmliches Beweisverfahren zuläſsig.

Den Klaggrund bildet, nach den Ausführungen unter II,

1) die Hingabe eines Darlehens von 7000 ℳ an den Beklagten und das Versprechen des Letzteren, dem Kläger für diese Schuld eine Specialhypothek an der Kücknitzer Mühle zu bestellen;

2) der vom Beklagten, ohne vorausgegangene Bestellung dieser Hypothek, vorgenommene Verkauf der Mühle. Darauf, ob Beklagter, wie in der Klage behauptet worden, zur Proto-

kollation des Pfandrechtes im Hypothekenbuche wiederholt aufgefordert worden ist, kommt es, nachdem derselbe durch den Verkauf sich der Möglichkeit, sein Versprechen zu erfüllen, selbst beraubt hat, nicht mehr an.

Der Punkt unter 2 ist durch das Zugeständniß des Beklagten klar gestellt. Anlangend dagegen den Punkt unter 1, so hat Beklagter den Empfang des fraglichen Darlehens sowohl als auch, daß der Schuldschein Anl. 1 von ihm oder mit seinem Wissen und Willen ausgestellt worden — und damit implicite das in demselben enthaltene Versprechen —, geleugnet. Es mußte also hierüber dem Kläger, wie im Urtheile geschehen, Beweis auferlegt werden. Der Umstand, daß inzwischen eine Klage auf Rückzahlung des fraglichen Darlehens anhängig gemacht worden ist, konnte für das Ober-Appellations-Gericht kein Hinderniß abgeben, in dem gegenwärtigen selbstständigen Processe so, wie es dessen Lage mit sich bringt, zu interloquiren. Es wird sich jedoch, bei Fortgang dieses Processes in erster Instanz, empfehlen, zur Vermeidung eines zwiefachen Beweisverfahrens, auf eine Combination beider Sachen, je nachdem deren Lage es zuläßt, Bedacht zu nehmen.

IV. Wenn solchergestalt das angefochtene Erkenntniß in der Hauptsache zu reformiren und annoch ein weiteres Verfahren einzuleiten ist, so tritt damit das in provisorio erlassene Inhibitorium von selbst wieder in Kraft. Das Materielle dieses Punktes ist zur Cognition an das Ober-Appellations-Gericht nicht erwachsen, da Beklagter eine Remonstration gegen jene provisorische Verfügung, als solche, nicht vorgebracht, und die Aufhebung derselben auch, abgesehen von dem in der Hauptsache zu erlassenden Erkenntnisse, gar nicht verlangt hat. Denn wenngleich er in seiner Erklärung auf die klägerische Appellation auch auf die Provisionalverfügung zu sprechen kommt und sie als eine gänzlich ungerechtfertigte bezeichnet, wegen deren er sich Schadensansprüche vorbehalten müsse, so hat er doch einen auf dieselbe bezüglichen selbstständigen Antrag auch in gegenwärtiger Instanz nicht gestellt.

---

13. Bremen.

Johann Rust zu Osterholz bei Bremen, Kläger, wider des **Hermann Bischoff** zu Lenever bei Bremen Curatoren, Beklagte, Forderung aus einer Guts-Uebertragung und Abfindung betreffend.

Nach den Bestimmungen der Bremer Ger.-Ordnung dürfen „Zinsen, Schäden und Kosten" ebensowenig bei der Berechnung der Appellationssumme im Falle von im Uebrigen zulässigen Beschwerden mitberücksichtigt, wie durch selbstständige Appellation an das Ober-Appellations-Gericht gebracht werden.

Rechtsfall. Aus einem Abfindungsvertrage seines Vaters klagte der Kläger gegen die Vormünder des unmündigen Stellbesitzers auf Auskehrung des ihm zukommenden Betrages von 200 ℛ︁ und Lieferung der in einem Pferde, einer Kuh und einem Bräutigamswagen bestehenden Naturalabfindung. Vom Ober-Gericht ward durch Erkenntniß vom 27. Januar 1868 und in revisorio durch Erkenntniß vom 19. März 1868 den Beklagten auferlegt zu beweisen, daß die Geldleistung ganz oder theilweise, und ebenso auch die stipulirte Naturalabfindung dem Kläger bereits ausgekehrt sei, und dabei dem Letzteren „freigelassen zu beweisen, daß er das Pferd und die Kuh, sowie dasjenige Geld, welches er von seinem verstorbenen Vater erhalten habe, als Geschenke von demselben empfangen habe." Dem Kläger ward ferner in Bezug auf von ihm zugleich geforderte Verzugszinsen aufgegeben, nachzuweisen, „daß und wann er den Stellbesitzer wegen der Abfindungssumme von 200 ℛ︁ gemahnt habe."

Auf von dem Kläger eingewandte Appellation ward die Entscheidung der vorigen Gerichte vom Ober-Appellations-Gericht unter dem 16. Februar bestätigt, aus folgenden

Entscheidungsgründen.

Von den sechs Beschwerden, welche der Kläger gegen das Revisions-Erkenntniß des Obergerichts vom 19. März 1868 vorgebracht hat, betreffen die letzteren fünf solche Gegenstände, wegen welcher nach Vorschrift der Bremischen Gerichts-Ordnung selbstständig Appellation an das Ober-Appellations-Gericht nicht ergriffen werden kann.

Der § 607 der Gerichts-Ordnung knüpft die Appellabilität in Betreff der dritten Instanz an die Vorschriften der §§ 9—11 desselben Gesetzes, und der § 9 bestimmt, daß bei der Beurtheilung der Competenz des Bremischen Obergerichts — wie bemerkt, anwendbar nach dem citirten § 607 auch auf die Berufungen an das Ober-Appellations-Gericht — „Nebenforderungen an Zinsen, Schäden und Kosten nicht in Anschlag kommen sollen." Hiernach dürfen „Zinsen, Schäden und Kosten" ebensowenig bei der Berechnung der Appellationssumme im Falle von im Uebrigen zulässigen Beschwerden mit berücksichtigt,

vgl. auch Erk. Vahland c. Rehling 1860 (Brem. Samml. IV. S. 349),

wie durch eine selbstständige Appellation an das Ober-Appellations-Gericht gebracht werden.

Die Beschwerden des Klägers 2 bis 5 betreffen nun aber nur die von demselben accessorisch geforderten Zinsen von den klagend verlangten 200 ₰ und den Werth der in Anspruch genommenen Naturallieferungen. Und folgt man ihm in Betreff des letzteren Gegenstandes in der geltend gemachten Qualificirung dieser Zinsen als einer Interesseforderung, so handelt es sich bei dem bezüglichen Theil seiner Klage um geforderte „Schäden," welche nicht minder unter die Vorschrift des cit. § 9 fallen.

Daß hier nicht etwa ein Fall vorliegt, in welchem Zinsen und Schäden den Hauptgegenstand des Processes bildeten — in welchem Falle die Beträge derselben als Capitalsummen zu betrachten sein würden, und hier, wo sie insgesammt einen 300 ₰ übersteigenden Belauf betreffen, selbstständig

einer Appellationsbeschwerde zu Grunde gelegt werden dürften — unterliegt schon nach dem Klagpetitum, übrigens auch nach dem sonstigen Inhalt der Acten, keinem Zweifel.

Die sechste Beschwerde hat lediglich die Kosten voriger Instanz zum Gegenstande und wird zweifellos durch die angezogene Bestimmung des § 9 betroffen.

Die Zulässigkeit der Appellation des Klägers hing hiernach davon ab, ob die erste Beschwerde desselben als statthaft anzusehen sei. Denn war dies zu verneinen, so fiel die Voraussetzung, unter welcher die übrigen Beschwerden an das Ober-Appellations-Gericht gebracht werden durften — die Voraussetzung einer schon anderweitig zulässigen Appellation — hinweg.

Die erste Beschwerde war aber unstatthaft, weil eine Läsion, welche den Kläger zur Ergreifung eines Rechtsmittels berechtigen konnte, überhaupt nicht vorliegt. Der Kläger hat, gegenüber der beklagtischen Einrede, daß das Pferd und die Kuh, welche ihm als Abfindung gebührten, von seinem Vater ihm geliefert, ferner, daß das ihm zugesagte Geld von Jenem ihm gezahlt worden, replicando die Behauptung vorgebracht, daß er Pferd und Kuh, sowie die von seinem Vater empfangenen Gelder von diesem zum Geschenk erhalten habe. Das Obergericht hat in Veranlassung dieses von den Beklagten geleugneten und nicht etwa vom Kläger sofort erwiesenen Vorbringens diesem im Erkenntnisse vom 27. Januar 1868

> „freigelassen, zu beweisen,
> daß er das Pferd und die Kuh, sowie dasjenige Geld, welches er von seinem verstorbenen Vater erhalten, als Geschenke von demselben empfangen habe."

Wenn der Kläger in Veranlassung dieser Beweiserstattung in der Revisions-Instanz die Beschwerde aufgestellt hat,

> „daß ihm der vorbemerkte Beweis vorbehalten und nicht vielmehr ihm nicht freigelassen sei,"

so hat mit Recht das Obergericht dieselbe im Erkenntniß vom 19. März 1868 als eine inhaltslose bezeichnet, indem dem Kläger

keinerlei Beschwerde durch jene „Freilassung" zugefügt sei, da es in seinem Belieben stehe, „den Beweis nicht anzutreten." Dieselbe Erwägung trifft, nachdem der Kläger kein Bedenken getragen hat, die Beschwerde bis in die dritte Instanz zu verfolgen, auch gegenwärtig zu. Was derselbe in der Revisions-Instanz und in seiner jetzigen Appellations-Ausführung vorgebracht hat, um ein Interesse bei der Aufstellung der Beschwerde, und mithin diese letztere als statthaft, nachzuweisen, ist hiezu ungeeignet. So richtig es ist, daß der beklagtischen Einrede geschehener Erfüllung einer gewissen Verbindlichkeit gegenüber die Behauptung des Klägers, das factisch Geleistete beruhe auf einem anderen Fundament, als demjenigen jener Verbindlichkeit — hier speciell auf dem einer Schenkung —, als eine Negirung der Einrede anzusehen ist und es dem Kläger freistehen muß, auch ohne einen besonderen Vorbehalt den von ihm behaupteten rechtlichen Charakter der geschehenen Leistung im directen Gegenbeweise darzuthun, eben so gewiß ist es, daß die Erwähnung im Beweis-Erkenntnisse, daß der Kläger seinen Beweis auch auf den in Rede stehenden Punkt richten könne, keine auch nur factische Verkürzung seiner Rechte oder Interessen, mithin keine Läsion, enthält. Und wenn der Kläger die Besorgniß geäußert hat, daß durch die Reihenfolge, in welcher die von den Parteien zu führenden Beweise nach Maßgabe des Erkenntnisses vom 27. Januar zu instruiren sein würden, zu Uebelständen Veranlassung geben könnte, so ist jedenfalls das in dieser Richtung Vorgebrachte dadurch erledigt, daß das Obergericht im Revisions-Erkenntnisse es dem Kläger verstattet hat, eine Aussetzung der bezüglichen Beweisführung zu beantragen.

Der Kläger hat denn auch selbst in seiner Appellations-Rechtfertigung ausgesprochen, daß er es nicht wagen würde, die in Rede stehende Beschwerde vor dem Ober-Appellations-Gericht zu wiederholen, wenn die Sache nicht wegen der anderen Beschwerde an die dritte Instanz gebracht werden müßte, bei welcher letzteren Annahme er die Unstatthaftigkeit der vorgedachten Beschwerden übersehen hat.

War hiernach die Appellation des Klägers in allen ihren Theilen als unzulässig zu verwerfen, so konnte auf das beklagtischerseits vorgebrachte Novum hier nicht eingegangen werden.

---

14. Hamburg.

In polizeilichen **Untersuchungssachen** wider **F. W. Jestram** und dessen Ehefrau **Henriette Therese** geb. **Cordes** zu Hamburg, betrügerischen Bankerott, jetzt **Recusation** des Obergerichts betreffend.

Das am 18. Februar 1869 erlassene Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß lautet:

daß das von den Angeschuldigten wider das Obergericht der Freien Hansestadt Hamburg angebrachte Recusationsgesuch, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung derselben in die dadurch entstandenen Kosten, als unbegründet zu verwerfen sei.

Entscheidungsgründe.

I. Wenn die Angeschuldigten zunächst meinen, daß es, um mit ihrer Recusation durchzubringen, gar keiner Angabe specieller Recusationsgründe, sondern nur der Beeidigung ihrer subjectiven Ueberzeugung bedürfe, daß sie vom Obergerichte wegen feindseliger Gesinnung gegen ihre Person ein unparteiisches Urtheil nicht zu erwarten hätten, so bedarf das Unhaltbare dieser Meinung keiner näheren Ausführung. Denn das Ober-Appellations-Gericht hat sich schon wiederholt, namentlich in Hamburgischen Rechtssachen, dahin ausgesprochen, daß der Recusationseid als ein Erfüllungseid aufzufassen ist, und daß daher, wie es einerseits desselben nicht bedarf, wo genügende Recusationsgründe erwiesen vorliegen, so andererseits derselbe allein nicht genügen kann,

wo gar keine oder doch ungenügende Verdachtsgründe geltend gemacht sind:

Jurist. Abhandl. II. S. 73 Note 41,

Samml. v. Entscheid. des Ober=Appellations=Gerichts in Hamb. Rechtssachen II. S. 591 Note x.

Es kommt daher

II. allerdings auf die speciellen Thatsachen an, welche für eine angeblich dem Obergerichte beiwohnende feindselige Gesinnung geltend gemacht sind. Allein es sind diese theils actenwidrig, theils völlig ungeeignet, eine solche Gesinnung daraus zu folgern.

Die angeführten Thatsachen sind nämlich folgende:

A. Die Verhaftung der Angeschuldigten und die lange Dauer der Untersuchungshaft, ungeachtet wiederholter Freilassungsgesuche, unter Erbieten zu jeglicher Caution.

Nun ist zwar

1) die Verhaftung der Angeschuldigten in Calais allerdings vom Obergerichte zugleich mit der Einleitung der Untersuchung verfügt worden. Allein da die Angeschuldigten, während der Ehemann sich im Zustande materieller Insolvenz befand, mit bedeutenden Geldmitteln sich heimlich von Hamburg entfernt hatten, so war deren Verhaftung schon im Interesse ihrer Gläubiger so dringend geboten, daß sie den Schluß auf eine feindselige Gesinnung des Obergerichts überall nicht zu rechtfertigen vermag. Anlangend aber

2) die lange Dauer der Untersuchungshaft, so findet die Behauptung, daß dieselbe vom Obergericht veranlaßt sei, in den Acten nicht die geringste Unterstützung. Denn als auf das erste von beiden Angeschuldigten bereits drei Tage nach Beginn der Untersuchung dem Polizeiherrn übergebene Entlassungsgesuch Dieser in seinem Berichte an das Obergericht die Freilassung wegen zu besorgender Collusionen für bedenklich erklärte, hat das Obergericht durch Conclusum vom 8. Juli 1867 es lediglich dem Polizeiherrn überlassen, nach Beseitigung jener Besorgniß mit der Entlassung der Inculpaten gegen Caution zu verfahren, was demnächst auch

am 6., resp. 7. August geschehen ist. Und als wegen neu=entstandener Verdachtsgründe, nicht auf Verfügung des Obergerichts, sondern auf Befehl des Polizeiherrn am 6. October 1867 der Inculpat Jestram wieder verhaftet worden war, hat das Obergericht nach wiederum geschlossener Untersuchung aus freien Stücken, noch ehe das Entlassungsgesuch des Angeschuldigten ihm zugegangen war, mittelst Beschlusses vom 19. December dessen Freilassung verfügt.

B. Daß die Cognition über Bestrafung von Falliten, gleichwie über deren Classification, dem Obergerichte zusteht, hat der Inculpat ausdrücklich anerkannt. Es ist daher nicht wohl zu begreifen, wie er es als einen Beweis feindseliger Gesinnung des Obergerichts geltend machen kann, daß der von ihm nachgesuchte fiscalische Proceß ihm nicht gewährt worden sei, auch wenn er — was übrigens actenwidrig — seinen Antrag darauf gegründet hätte, daß er kein Vertrauen zu der Unparteilichkeit des Obergerichts habe.

C. Daß das Obergericht durch den Referenten in dieser Sache den Güterpflegern wegen des dem Inculpaten gewährten freien Gewerbes seine Mißbilligung habe zu erkennen geben lassen, wie von Letzterem in dieser Instanz behauptet wird, ist an sich schon nicht anzunehmen. Auch hat der Inculpat dies in seinem beim Obergerichte selbst angebrachten Recusationsgesuche nicht zu behaupten gewagt, sondern nur die persönliche Aeußerung eines seiner Mitglieder geltend gemacht; und dem ist, wie das Erkenntniß vom 6. November 1868 bezeugt, dadurch Rechnung getragen worden, daß das betreffende Mitglied sich jeder Betheiligung bei der Berathung und Votirung in der Sache enthalten hat. Sollte aber auch der frühere Referent den Güterpflegern eine Ansicht des Obergerichts kund gegeben haben, so würde, da diese Ansicht sehr triftige Gründe gehabt haben kann, jedenfalls der vom Inculpaten daraus gezogene Schluß ein völlig ungerechtfertigter sein.

D. Ein weiterer Recusationsgrund wird darin gesetzt, daß auf die von dem Inculpaten in seiner Vertheidigungs=

schrift gerügte unrichtige Protokollirung seiner im Verhör vom 26. Juni gethanen Aussage vom Obergerichte die verlangte erneuerte Untersuchung nicht verfügt sei. Allein es hat das Obergericht, indem es in Folge jener Rüge in seinem Instructorium vom 1. April 1868 den Inquirenten Dr. Moller zur Erklärung darüber aufgefordert hat, Alles gethan, was den Umständen nach verlangt werden konnte. Jedenfalls kann daraus, daß nach dem Inhalt des vom Dr. Moller erstatteten Berichts das Obergericht von weiteren Maßregeln abstrahirt hat, eine dem Inculpaten ungünstige Gesinnung desselben um so weniger gefolgert werden, als solche Maßregeln vom Angeschuldigten in seiner Paritionsschrift nicht speciell beantragt worden waren, er vielmehr daselbst das völlig unzulässige Gesuch stellte, die ganze Untersuchung von Neuem beginnen zu lassen.

Ebenso verhält es sich

E. mit dem ferneren Grunde, daß wegen der wörtlichen und beziehungsweise thätlichen Mißhandlungen, welche die beiden Inculpaten in Calais von dem Polizeiofficianten Paulsen erlitten haben wollen, gegen Diesen keine Untersuchung eingeleitet sei. Allerdings zwar hat der Inculpat in seiner Vertheidigungsschrift die angebliche Handlungsweise des gedachten Officianten zur Kenntniß des Obergerichts gebracht. Allein einen Antrag hat er daran nicht geknüpft. Wenn daher das Obergericht, zumal die Darstellung des Defensors nach dem amtlichen Berichte des betreffenden Polizeiofficianten sich, wenigstens in dem Punkte, daß die Ehefrau Jestram durch eine Bordellwirthin untersucht worden sei, als wahrheitswidrig darstellte, soviel die Acten ergeben, jener Anzeige keine weitere Folge gegeben hat, so läßt sich auch daraus unmöglich auf eine besondere Eingenommenheit gegen den Inculpaten schließen.

Das Gleiche gilt

F. von dem weiter geltend gemachten Umstande, daß die in der Paritionsschrift vorgebrachte Beschuldigung, ein Polizeiofficiant habe den Zeugen Roth zu einer dem Incul-

paten ungünstigen Aussage bearbeitet, vom Obergerichte nicht beachtet worden sei. Denn, da der gedachte Zeuge, ungeachtet der angeblichen Bearbeitung, bei seiner dem Inculpaten günstigen Aussage bis zum Schlusse der Untersuchung verblieben ist, so hatte das Obergericht gar keine Veranlassung, im Interesse des Inculpaten den Gegenstand der Beschuldigung näher untersuchen zu lassen.

G. Die feindselige Gesinnung des Obergerichts soll sich ferner daraus ergeben, daß dasselbe dem Inculpaten die von ihm nachgesuchte Einsicht der Acten in einer anhängigen Untersuchung gegen einen gewissen Ahlfeld und den Buchhalter von dem Berg verweigert habe. Allein, da das Obergericht von seiner Kenntniß dieser Acten keinen Gebrauch gegen den Inculpaten gemacht hat, und es kein Recht auf die Einsicht der Acten einer anhängigen Untersuchung gegen Dritte giebt, so gereicht das Decret des Obergerichts vom 2. December 1868, worin es das Gesuch mit dem Bemerken abschlägt, daß die fraglichen Acten Nichts enthielten, was auf die Beurtheilung der Handlungsweise der Inculpaten von Einfluß sein könnte, den Letzteren in keiner Weise zur Beschwerde.

H. Als völlig actenwidrig endlich stellt sich der letzte Recusationsgrund dar, daß dem Defensor zur Einreichung seiner Vertheidigungsschrift, ungeachtet des Hinweises auf die Umfänglichkeit der Acten, nur eine vierzehntägige Frist pro omni vom Obergerichte bewilligt worden sei, und zwar angeblich deßhalb, weil die Sache beschleunigt werden solle, obgleich das Obergericht seinerseits sich mit dem Urtheile vom 9. (rectius 19.) März bis zum 13. (rectius 6.) November Zeit gelassen habe. Denn actenmäßig verhält sich die Sache so, daß es dem Inculpaten Jestram, nachdem ihm am 19. December 1867 zu seiner Vertheidigung eine Frist von drei Wochen präfigirt worden war, gelungen ist, durch verschiedene aufzügliche Eingaben eine successive weitere Befristung bis zum 19. März 1868, also im Ganzen von drei Monaten, zu erlangen. Auch hat das Obergericht keines-

wegs, wie die Recusanten wider besseres Wissen angeben, vom 19. März bis zum 6. November auf sein Urtheil warten lassen, sondern schon am 1. April 1868 ein umfängliches Instructorium, und zwar im Interesse der Inculpaten, erlassen und, nachdem erst am 6. Juli die nachträgliche Vertheidigung zu den Acten gekommen war, am 6. November das Urtheil in der Sache abgegeben.

War sonach die Recusation des Obergerichts, soweit von dem Ehemann Jestram ausgehend, als völlig unbegründet zu verwerfen, so bedurfte es keiner Entscheidung darüber, inwiefern und mit welcher Wirkung dessen Ehefrau, welche das Obergericht vor der Abgabe des Erkenntnisses vom 6. November 1868 ihrerseits gar nicht recusirt hat, in der Lage ist, sich gegenwärtig dem Recusationsantrage ihres Mannes anschließen zu können.

Bremen. 15.

D. H. Pröckel zu Bremen, Kläger und Wiederbeklagter, wider seine Ehefrau **M. S. L.** geb. **Kramer** daselbst, Beklagte und Wiederklägerin, jetzt beiderseits Appellanten, Ehescheidung, event. Rückkehr der Beklagten zu dem Kläger und Fortsetzung des ehelichen Lebens betreffend.

Ein Erkenntniß des Bremischen Obergerichts vom 30. April 1868 ward vom Ober-Appellations-Gericht unterm 23. Februar 1869 aus nachstehenden Gründen bestätiget:

I. Die Beschwerden beider Theile treffen zwar darin zusammen, daß sowohl von dem Kläger in seinem Grav. unicum als auch von der Beklagten in ihrem Grav. I die Scheidung der zwischen ihnen bestehenden Ehe begehrt wird

Allein abgesehen davon, daß über die Bedingungen, unter denen diese Scheidung zu erkennen sei, kein Einverständniß herrscht, kann es für eine vom Richter auszusprechende Ehetrennung überhaupt nicht auf den Consens der Parteien, sondern nur darauf ankommen, ob der einen oder anderen derselben ein gesetzlicher Scheidungsgrund zur Seite steht. Dies ist, soviel

A. die Klage des Ehemannes anlangt, unbedenklich aus den Gründen der vorigen Richter zu verneinen, denen nur noch hinzugefügt werden mag, daß das Ober-Appellations-Gericht die Grundsätze, welche in der vom Obergerichte angeführten Sache Bähr w. Bähr befolgt sind:

vgl. Seuffert, Arch. VIII. № 144,

wiederholt und bis auf die neueste Zeit zur Anwendung gebracht hat:

Bruhn, Samml. II. S. 507.
Kierulff, Samml. II. № 68.

B. Die beklagtische Ehefrau hat in ihrer Erklärung auf die Klage bemerkt: „gegen die Scheidung hätte sie Nichts einzuwenden, ja sie wünsche sie selbst, der schuldige Theil sei aber nur der Kläger," — und in der Duplik den bestimmten Antrag gestellt: „auf Scheidung zu erkennen und ihr das Sammtgut und die Erziehung der Kinder zu überlassen." Hierin kann die Anbringung einer Wiederklage gefunden werden, gegen welche — mit Rücksicht auf den irregulären und summarischen Charakter des in § 12 der Brem. Ger.-Ordnung vorgeschriebenen Verfahrens — ein formeller Anstand nicht obwaltet. Dieselbe entbehrt aber der materiellen Begründung. Denn soviel

1) den in den Widerwillen der Beklagten und die Erfolglosigkeit der Trennung von Tisch und Bett gesetzten Klaggrund betrifft, erleiden die der Klage des Ehemannes entgegenstehenden Gründe im Wesentlichen auch auf die Wiederklage Anwendung. Anlangend aber

2) die einzelnen von der Beklagten angeführten Thatsachen, so hat dieselbe zugestanden, daß alle von ihr er-

wähnten „ihr persönlich gegenüber ausgesprochenen Beleidigungen“ in die Zeit vor der Trennung fallen, und dasselbe muß ohne Zweifel auch von der Aeußerung angenommen werden, welche Kläger „gegen andere Leute“ dahin gethan haben soll: „sie sollten das Bett nachsehen, da die Beklagte eine schlechte Krankheit habe.“ Alle diese Thatsachen aus der Zeit vor der Trennung aber sind durch die am 13. Januar 1862 erkannte und durch Erkenntniß am 13. November 1865 bis auf Weiteres erstreckte Separation von Tisch und Bett absorbirt und können als Fundament eines Antrags auf Ehescheidung oder Verlängerung der Separation nicht geltend gemacht werden, wenngleich ihnen für eine auf spätere Vorgänge zu gründende Klage insofern Bedeutung zukommen kann, als sie zur Colorirung dieser Vorgänge dienen und deren juristischen Charakter bestimmen helfen. Ein derartiger späterer Vorgang ist nun freilich von der Beklagten behauptet, indem sie angiebt: Kläger habe nach dem Tode zweier Kinder — beide im Jahre 1866 gestorben — öffentlich herumgesprochen: „es müsse untersucht werden, ob Beklagte ihnen auch etwas eingegeben habe.“ Diese Aeußerung kann jedoch in Ermangelung begleitender Umstände, welche auf die Absicht, eine ernstlich gemeinte Anschuldigung zu erheben, hinwiesen, nicht als die verläumderische Behauptung eines von der Beklagten begangenen Capitalverbrechens, sondern nur als einfache Injurie aufgefaßt werden, wie denn auch Beklagte selbst besonderen Werth darauf gar nicht gelegt zu haben scheint. Denn sie ist auf dieselbe weder in der Duplik noch in den höheren Instanzen zurückgekommen, und hat nirgends zu verstehen gegeben, daß sie darin eine qualificirte Ehrenkränkung von besonderer Schwere und selbstständiger Bedeutung finde. Es ist vielmehr klar, daß sie jene Aeußerung nur im Zusammenhange mit den übrigen von ihr namhaft gemachten Beleidigungen in dem Sinne geltend machen wollte, daß das injuriöse Benehmen des Klägers gegen sie auch nach der Trennung fortgedauert habe. Daß aber ein solcher vereinzelter, allem

Anscheine nach bereits im Jahre 1866, also vor nunmehr länger als zwei Jahren, vorgekommener Fall keinen Grund abgeben kann, um nunmehr die Ehe der Parteien dem Bande nach zu scheiden, oder auch nur auf eine fernerweite Trennung derselben von Tisch und Bett zu erkennen, bedarf keiner Ausführung.

II. Die zweite Beschwerde der Beklagten, darüber erhoben, daß nicht auch die eventuelle Klage auf Rückkehr derselben zu ihrem Ehemanne ganz oder wenigstens angebrachtermaßen, beziehungsweise als zur Zeit unstatthaft verworfen worden, stellt sich ebenfalls als unbegründet dar. Der Beklagten ist zwar durch Obergerichts-Erkenntniß vom 13. November 1865 gestattet worden, „einstweilen noch und bis auf Weiteres von dem Kläger getrennt zu leben.“ Allein der Ablauf eines fast zweijährigen Zeitraums seit Erlassung dieses Erkenntnisses bis zu der im October 1867 erhobenen Klage muß für genügend erachtet werden zu der Annahme, daß die Erregung und Gereiztheit, welche in der Verhandlung vor dem Commissare des Obergerichts am 24. October 1865 zum Vorschein gekommen ist, und welche den einzigen Grund für die ex officio erkannte Verlängerung der Trennung von Tisch und Bett abgegeben hat, sich inmittelst gelegt habe, wie denn auch vom Obergerichte mit Recht eine Unterstützung für diese Annahme darin gefunden worden ist, daß im gegenwärtigen Processe, trotz mehrmaligen persönlichen Zusammentreffens der Parteien vor Gericht, ähnliche Scenen nicht wieder vorgekommen sind. Es muß daher der fragliche Antrag für an sich begründet erachtet werden, und kommt es nur auf die dagegen vorgebrachten Einreden an. Soweit Beklagte nun

A. ihre Weigerung, zum Kläger zurückzukehren, auf dieselben Thatsachen gründet, welche sie als Fundament für ihre Ehescheidungsklage geltend gemacht hat, kann auf die Ausführungen unter I. B. verwiesen werden. Wenn dieselbe ferner

B. sich darauf berufen hat: „die Erfahrung habe früher gezeigt, daß Kläger Nichts thue, um seine Familie zu er-

nähren; eine Besserung sei nicht zu erwarten," so scheint dies Vorbringen nur auf die Zeit, wo die Parteien noch zusammen lebten, sich zu beziehen, und ist klar, daß aus dem Verhalten des Ehemannes vor der erkannten Trennung von Tisch und Bett auch in dieser Richtung kein Grund entnommen werden kann, nach abgelaufener Trennungszeit die Wiedervereinigung zu verweigern. Wollte man aber auch in dem fraglichen Vorbringen eine Bezugnahme auf die in den früheren Processen vorgekommenen Verhandlungen über die mangelhafte Erfüllung der dem Kläger durch Erkenntniß vom 13. Januar 1862 für die Dauer der Trennung auferlegten Alimentationspflicht finden, so würde doch der Schluß nicht zutreffen, daß, weil Kläger dieser Pflicht gegenüber seiner getrennt von ihm lebenden Familie nicht oder doch nicht in genügender Weise nachgekommen, es auch nach erfolgter Wiedervereinigung an der Fähigkeit oder dem guten Willen desselben, die Seinigen zu ernähren, fehlen werde.

C. Das Verlangen der Beklagten, daß die Klage auf Rückkehr wenigstens angebrachtermaßen oder als zur Zeit noch nicht statthaft zurückgewiesen werde, gründet sich darauf, daß Kläger sich über den Besitz einer zur Aufnahme einer Familie geeigneten Wohnung bisher noch nicht ausgewiesen hat. Allein dem Kläger konnte nicht zugemuthet werden, im Voraus und auf die Gefahr hin, daß er mit seinem Antrage gänzlich werde zurückgewiesen werden, die Kosten für eine derartige Wohnung aufzuwenden. Es genügt, daß er sich zur Beschaffung einer solchen erboten hat, und daß der Beklagten im Obergerichts-Erkenntnisse vom 27. Januar 1868 vorbehalten ist, Einwendungen gegen die Angemessenheit der vom Kläger ihr anzuweisenden Wohnung noch in diesen Acten vorzubringen. Hierin liegt von selbst, daß ein Zwang zur Rückkehr nicht eher eintreten soll, als bis Kläger eine geeignete, vom Gerichte für genügend befundene Wohnung wirklich gestellt haben wird.

Vgl. Kierulff, Samml. I. № 30.

16. Hamburg.

Joh. Berenberg Goßler & Co. zu Hamburg mand. nom. der Rhederei des Schiffes Rose Standish, Kläger, wider **J. D. Mutzenbecher Söhne** und **A. J. Schön & Co.** daselbst, Beklagte, Havariegrosseforderung betreffend.

---

1) Anwendung des Satzes, daß bei Berechnung der großen Haverei die Fracht soweit, aber auch nur soweit beitragspflichtig ist, als sie für den Rheder gerettet wurde.

2) Wird ein befrachtetes Schiff zur Vollendung seiner Reise unterwegs unfähig, so ist der Rheder, wenn die Möglichkeit einer andern Schiffsgelegenheit vorliegt, nach nordamerikanischem Recht verpflichtet, für die Weiterbeförderung der Ladung auf seine Kosten zu sorgen. Damit stimmte das Hamburgische Recht vor dem deutschen Handelsgesetzbuch überein.*)

Rechtsfall. Das von Joh. Berenberg Goßler & Co. vertretene nordamerikanische Schiff Rose Standish, Capt. Hutchings, wurde am 25. Mai 1864 von den oben genannten Beklagten als Vertretern von Witt & Schutte in Lima, für eine Reise von Callao nach den Chinchasinseln und von da über Callao nach Europa mit einer Guanoladung zu 75 sh. per ton gechartert, holte die Ladung von den Chinchasinseln und verließ Callao zum zweiten Mal am 4. Februar 1866, wurde jedoch durch einen bald nachher erhaltenen Leck genöthigt, abermals nach Callao zurückzugehen, wo es am 13. dess. Mts. anlangte. Mit Zustimmung der Befrachter Witt & Schutte wurde die Ladung gelöscht und gelagert, während das Schiff wegen der Nothwendigkeit unverhältniß-

*) Ebenso das französische Recht. Dagegen deutsches Handelsgesetzbuch Art. 634.

mäßiger Reparaturkosten condemnirt, am 18. April abandonnirt und 8 Tage später in Auction verkauft wurde. Am 21. Juni 1866 charterte Capt. Hutchings zur Weiterbeförderung der Ladung in Callao die Indian Queen, und zwar zum Frachtsatz von 70 sh. per ton, wovon jedoch im Ganzen noch $ 2810. 50 als Vergütung dafür, daß die Indian Queen die Ladung nicht erst von den Chinchasinseln zu holen brauchte, in Abzug kommen sollten. Die Reise ging ohne Unfall von Statten und die Ladung wurde in Hamburg an die Beklagten ausgeliefert, welche nicht nur die der Indian Queen zukommende Fracht, sondern auch an Berenberg Goßler & Co. den Mehrbetrag der ursprünglich für die Rose Standish bedungenen Fracht ausbezahlten. Die Betheiligten kamen überein, daß die Dispache in Hamburg aufgemacht werde. In dieser wurde davon ausgegangen, daß für die Rose Standish Fracht überhaupt nicht verdient sei, daher nur der Werth der Ladung und der Verkaufspreis des Schiffes zur großen Haverei beizutragen hätten, die letztere nur die bis zum Moment des Abandons (18. April) gemachten Aufwendungen begreife, alles seitdem Verausgabte aber zur particulären Haverei gehöre. Die Ladungsempfänger weigerten sich, dies Ergebniß anzuerkennen, und wurden deßhalb von Joh. Berenberg Goßler & Co. wegen der nach Maßgabe der Dispache noch zu vergütenden Summe von Bco. ℳ 16,128. 12 ß verklagt. Der Streit betraf, abgesehen von einzelnen Rechnungsposten, hauptsächlich die beiden Fragen, inwieweit die Rhederei mit der Fracht zur großen Haverei beizutragen habe, und ob zu letzterer auch die seit dem 18. April 1866 für Lagern und Wiederverladen der Waare aufgewendeten Kosten zu zählen seien.

1) Das Handelsgericht

sprach sich in seinem Erkenntniß vom 21. October 1867 dahin aus. Nach Allem, was vorliege, sei die Rhederei der Rose Standish den Beklagten gegenüber davon ausgegangen, daß die Indian Queen für ihre, der klägerischen Rhederei, Rechnung gechartert sei; und mit dieser Auffassung hätten sich auch die

Beklagten einverstanden erklärt. Es könne daher dahingestellt bleiben, ob Capt. Hutchings verpflichtet gewesen sei, für Rechnung seiner Rheder ein anderes Schiff anzunehmen. Lege man aber diese Auffassung zu Grunde, so könne der Wechsel des Schiffes auf die Frage, welche Unkosten als Havariegrosse zu betrachten seien, keinen Einfluß haben, vielmehr müßten sowohl die gesammte Lagermiethe, als die Kosten der Wiederverladung zur Havariegrosse gerechnet werden. Nach dem Grundsatz sodann, daß jeder Theil der Schiffsgemeinschaft zur Havariegrosse nur mit dem Werth beitrage, welcher den Bestimmungshafen erreiche, dürfe die Fracht hier nur mit dem Betrag zugezogen werden, welcher für die Rose Standish nach Abzug der der Indian Queen vergüteten Summe übrig geblieben sei, — wofür nach Hopkins, handbook of average, 2. ed. p. 82 auch die englische Praxis zu sein scheine — also mit dem Mehrbetrag von 5 sh. per ton und den oben erwähnten $ 2810. 50., wovon noch ein angemessener Abzug für Volkshäuer zu machen sein würde. Darauf, daß die Rose Standish ihre Reise nicht in Callao hätte einstellen dürfen, könnten sich die Beklagten schon deßhalb nicht berufen, weil Witt & Schutte durch ihr ganzes Verhalten sich mit dem Verkauf der Rose Standish und Charterung der Indian Queen einverstanden erklärt hätten. Es komme daher nicht in Betracht, daß die gesammte Chartepartiefracht der Rose Standish zur Havariegrosse hätte beitragen müssen, wenn das Schiff seine Reise nach Europa vollendet hätte. Hiernach ging das Decisum dahin, daß die Parteien vorerst behufs Abänderung der Dispache nach Maßgabe der obigen Ausführungen an den Dispacheur zu verweisen seien.

Diese Entscheidung wurde auf Appellation beider Theile

2) vom Obergericht

unter dem 6. März 1868 dahin abgeändert, daß die ganze Chartepartiefracht der Rose Standish unter Abzug von 1/3 für contributionspflichtig zu erachten sei, im Uebrigen aber bestätigt. Wenn, sagen die Gründe, in richtiger Auffassung

der Sachlage mit dem Handelsgericht davon auszugehen sei, daß die Indian Queen für Rechnung der Rhederei der Rose Standish angenommen worden, so könne es hinsichtlich der entstandenen Unkosten gewiß keinen Unterschied machen, daß die Ladung mit einem andern Schiffe befördert worden, vielmehr sei die Sache rechtlich so zu beurtheilen, als wenn die Rose Standish selbst die Ladung herübergebracht hätte. Die Consequenz hiervon sei die Einrechnung der gesammten Lagermiethe sowie der Kosten der Wiederverladung in die Havariegrosse. Dieselbe Consequenz müsse aber auch dahin führen, daß die gesammte Chartepartiefracht, unter üblichem Abzug von $^1/_3$, zur Havariegrosse beizutragen habe, indem, wenn die Rhederei der Rose Standish ihre Verpflichtungen statt durch dieses eigne Schiff durch ein fremdes Schiff erfüllt habe, die Sache rechtlich doch nicht anders beurtheilt werden könne, als wenn in Ausführung der ursprünglichen Chartepartie die Ladung mit der Rose Standish in Hamburg angekommen wäre. Die Richtigkeit dieser Ansicht finde auch darin eine Bestätigung, daß bei einem Havariegrosse-Unfall welcher die Indian Queen auf ihrer Herreise betroffen hätte, unzweifelhaft die ursprüngliche, für die Rose Standish bedungene Chartepartiefracht beizutragen gehabt haben würde. Auch wiesen die Beklagten mit Recht noch darauf hin, daß an sich die Rhederei durch das angewandte Princip keinen Nachtheil erleide, indem sie, bei Erfüllung des Contracts durch ein anderes Schiff, für die Dauer der Reise statt dessen ihr eigenes Schiff oder im Fall seines Verkaufs im Nothhafen das dafür gelös'te Capital zur Verfügung erhalte.

Auf Appellation der Kläger stellte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 23. Februar 1869 die Entscheidung des Handelsgerichts wieder her. Die Gründe setzen zuerst auseinander, inwieweit den Beschwerden der Kläger duae conformes entgegenständen, und lauten dann in der Sache selbst dahin.

Zwar würde es bei der Entscheidung des Obergerichts verbleiben müssen, wenn dieses und das Handelsgericht sich gleichförmig über die Präjudicialfrage ausgesprochen hätten, daß die vorliegende Sache so zu behandeln sei, wie wenn die Ladung in der Rose Standish selbst nach Hamburg gebracht wäre, wenn die Fiction rechtskräftig feststände, daß Indian Queen die Rose Standish vollständig vertrete. Allein eine derartige Präjudicialfrage ist in den vordern Instanzen so wenig aufgestellt, wie entschieden. Es kann sogar bezweifelt werden, ob das Obergericht, indem es den obigen Satz aussprach, ihn als Entscheidung, und nicht vielmehr als bloße Folgerung des Satzes hingestellt habe, von welchem es mit dem Handelsgerichte ausging, nämlich, daß die Indian Queen für Rechnung der Rhederei der Rose Standish zur Weiterbeförderung der Ladung angenommen worden sei; wonach also der gedachte Satz nicht als Entscheidung, sondern nur als Grund derselben aufzufassen wäre. Keinenfalls aber durfte angenommen werden, daß das Handelsgericht von jener Fiction ausgegangen sei. Dasselbe erklärt vielmehr, die Weiterverschiffung der Ladung mittelst der Indian Queen sei nur insoweit für die Beitragspflicht der Fracht von Einfluß, als jenes Schiff die Ladung „für Rechnung der Rhederei" der Rose Standish nach Hamburg zu bringen gehabt habe, und beantwortet die Frage, ob ein Einverständniß der Parteien darüber anzunehmen sei, daß gedachter Umstand bei Regulirung der großen Haverei außer Acht gelassen werde, verneinend. Das Handelsgericht hat also seine Entscheidung auf folgende Sätze gestützt: Die Rhederei der Rose Standish habe sich für verpflichtet erachtet, die Ladung auf ihre Kosten nach Europa zu befördern und um deßwillen die Indian Queen gechartert; dieser Umstand müsse bei Regulirung der großen Haverei in Betracht gezogen werden; und endlich, in Ansehung der Beitragspflicht der Fracht führe diese Berücksichtigung dahin, die Rhederei in Betreff des Ueberschusses der Fracht für beitragspflichtig zu erklären, also insoweit von der Auffassung des Dispacheurs abzuweichen.

Und dieser Auffassung des Handelsgerichts mußte beigepflichtet werden.

Bei Beantwortung der Frage, ob der Rhederei der Rose Standish überhaupt ein Frachtbelauf, und welcher, durch die Vorgänge, welche zu einer Regulirung der Havariegrosse Anlaß gegeben haben, gerettet worden sei, mußte auf den unter den Parteien abgeschlossenen Frachtcontract zurückgegangen werden. Da er in Hamburg am 25. Mai 1864 abgeschlossen ist, und über den vorliegenden Fall, daß das Schiff in einen Nothhafen einlaufen und zur Vollendung der Reise sich unfähig zeigen sollte, nichts enthält, so wird hierüber aus dem den Frachtcontract beherrschenden Rechte die Entscheidung zu entnehmen sein; also aus dem Heimathsrecht des Schiffes, dem Recht von Nordamerika, oder dem Recht des Contract-Ortes, in welchem die Befrachter zugleich wohnten und wohin aller Wahrscheinlichkeit nach die Ladung gebracht werden sollte, dem früheren Rechte von Hamburg. Nun bedurfte es aber einer Entscheidung darüber, welchem von beiden der Vorzug zu geben sei, nicht, da sie in Betreff des hier in Betracht kommenden Punktes dahin übereinstimmen, daß, wenn das Schiff während der Dauer der Reise zu deren Vollendung unfähig wird, den Rheder, die Möglichkeit einer andern Schiffsgelegenheit vorausgesetzt, die Verpflichtung trifft, für die Weiterbeförderung der Ladung auf seine Kosten Sorge zu tragen.

Art. 3 Stat. II, 14.

Parsons, Maritime law, T. I. S. 158 ff.

Und demgemäß ist der Capitän Hutchings nebst den Vertretern der Ladungsinteressenten Henri Witt & Schutte verfahren.

Fragt es sich nun, welcher Frachtbetrag unter solchen Umständen zur großen Haverei beizutragen habe, so kann die Antwort nur dahin lauten: der Theil der Fracht, welcher gerettet ist, wenn ein solcher überhaupt gerettet ward. Um diesen Betrag nun zu ermitteln, ist es zunächst von selbst klar, daß von dem nach Vollendung der Reise abseiten der

Rose Standish zu gewinnenden Frachtbetrag die Summe abgezogen werden muß, welche sie an das zur Weiterbeförderung der Ladung in Callao gecharterte Schiff zu bezahlen hatte. Denn ohne diese Zahlung konnte überall nicht davon die Rede sein, daß Fracht gewonnen werde. Unbestritten ist nun, daß die Rhederei der Rose Standish einen Ueberschuß bei der Weiterbeförderung durch die Indian Queen erhalten hat: nämlich

1) die Vergütung von 2810 $ 50. à 33ß	Bco. ℔	5796. 10ß
2) 5 sh. Frachtüberschuß in Hamburg p. ton	„	2386. — „
	Bco. ℔	8182. 10ß

Diese Summe ist jedoch ein Bruttobetrag. Es muß also davon für die Zeit von der ersten Stellung der Rose Standish zur Verfügung von Witt & Schutte bis zur zweiten Ankunft des Schiffes in Callao als Nothhafen, von welchen Zeitpunkten der erste noch nicht feststeht, während die Häuergelder bekannt sind, der betreffende Betrag gekürzt werden, da selbstredend nur Nettofracht beitragspflichtig ist, deren Betrag bekanntlich entweder durch Abzug gewisser Summen, wie früher nach der Assec.- und Hav.-Ordn. und noch jetzt in England, oder durch runde Kürzung von $^1/_3$, wie nach dem Hdl.-Ges.-Buch, aus der Bruttofracht gewonnen wird.

Wenn daher der Dispacheur von dem Ansatz jeder Fracht bei Berechnung der beitragspflichtigen Summe absehen zu sollen geglaubt hat, so konnte dem ebensowenig beigepflichtet werden, wie der entgegengesetzten von den Beklagten und von dem Obergerichte vertretenen Ansicht, daß die volle Chartepartiefracht der Rose Standish deßfalls in Anschlag zu bringen sei. Denn Letzteres würde voraussetzen, daß die gedachte Fracht bereits in Callao verdient, daß sie zwar noch nicht fällig sei, aber bereits zum Vermögen der Rhederei gehöre. Letzteres ist aber nicht der Fall, und die unrichtige deßfallsige Auffassung beruht auf einer Verwechselung der Folgen der Gemeinschaft von Schiff und Ladung, welche nach allen Seerechten bei Beendigung der Reise im Nothhafen, also in Callao, gänzlich aufhörte, und den Folgen

des Frachtvertrags, welcher neben jener Communion bestand und selbstständig erledigt werden mußte. Zwischen Beiden existirt aber, wenngleich das Hand.-Ges.-Buch in Betreff derselben im Interesse der Einstimmigkeit mehrfach von gleichem Grundsatze ausgegangen ist, eine innere Beziehung überall nicht. Das ergiebt sich schon daraus, daß die Havariegrosseregulirungen in deutschen Häfen überall nach gleichen Grundsätzen erfolgen sollen, während die Frachtcontracte, welche den betreffenden Verschiffungen zu Grunde liegen, dem geringsten Theil nach unter der Herrschaft des Hdl.-Ges.-Buchs abgeschlossen, sondern von ganz verschiedenen Gesetzgebungen beherrscht werden. Jene Frachtcontracte kommen daher nur insofern in Betracht, als durch sie bestimmt wird, welche Fracht salvirt, also beitragspflichtig ist.

Dagegen war schließlich dem weitergehenden Verlangen der Kläger nicht zu entsprechen, nämlich außer der Häuer auch die Charterungskosten der Indian Queen in Abzug zu bringen. Denn diese sind nicht als Schiffskosten anzusehen, sondern fallen unter den Gesichtspunkt merkantilischer Geschäftskosten, welche eine Folge der Verpflichtung zur Weiterbeförderung der Ladung sind, und bei Havariegrosseaufmachungen ebensowenig wie z. B. die viel näher liegenden Seeassecuranzprämien eine Aufnahme finden.

Hamburg. 17.

H. H. Peters zu Hamburg, Kläger, wider **Kopperholdt & Comp.** daselbst, Beklagte, Schadensforderung betreffend.

Rechtsfall. Nach einem am 1. Febr. 1866 abgeschlossenen Vertrage der Parteien war der Kläger auf fünf Jahre bei den Beklagten zum Vertriebe des Biers aus ihrer Brauerei als „Flaschenbierführer" angestellt. Nach der Behauptung

des Klägers war das contractliche Verhältniß, nach welchem ihm Flaschen bestimmter Form zu liefern gewesen seien, zwei Jahre lang, und zwar mit einem Vortheil von 1000 ℔ jährlich für ihn, ungestört erhalten. Von da an aber hätten die Beklagten eine Veränderung bei ihren Flaschen vorgenommen, was nicht nur, da dieselben von weniger starkem Glas gewesen, ihm durch Bruch vielfach Schaden zugefügt, sondern auch den Absatz, da die neuen Flaschen kleiner ausgefallen, wesentlich beeinträchtigt habe. Er, Kläger, habe daher gegen diese Veränderung protestirt und sich Schadensansprüche vorbehalten, von Seiten der Beklagten sei darauf aber jede Bierlieferung verweigert, und er daher zur Geltendmachung seines Schadens berechtigt, welchen er auf die drei Contractsjahre mit zusammen 3000 ℔ fordere.

Das Niedergericht erkannte am 12. October 1868 auf Beweis des Klägers:

> daß auf seine Protestation gegen die Veränderung der Flaschen die Beklagten ihm erwiedert hätten, daß er nun gar kein Bier mehr erhalten solle,

und ließ gegen diesen Beweis den Beklagten nicht nur den Gegenbeweis im Allgemeinen, sondern auch darzuthun nach:

> daß sie dem Kläger die fernere Lieferung von Bier in den neuen Flaschen wiederholt angeboten hätten.

Das Obergericht bestätigte unter dem 18. Decbr. 1868 im Uebrigen das vorige Urtheil, ließ jedoch den Beklagten auch noch den folgenden speciellen Gegenbeweis nach:

> daß der Kläger sich geweigert habe, das Bier in den neuen Flaschen zu nehmen,

und dieses Erkenntniß ward vom Ober-Appellations-Gericht am 27. Februar 1869 bestätigt, aus folgenden

Entscheidungsgründen.

I. Von den drei seitens des Klägers gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 18. Decbr. 1868 aufgestellten Beschwerden sind die ersten beiden — 1) daß die Beklagten nicht ohne Weiteres für schadenspflichtig erklärt, und eventualiter 2) daß nicht der Kläger zu dem Beweise zuge-

lassen worden, die Beklagten hätten ihm beim Vorzeigen der in Rede stehenden Flaschen erklärt, das Bier solle ihm in solchen Flaschen geliefert werden — weil sie, wie zweifellos aus den Acten sich ergiebt, gegen conforme Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz gerichtet sind, unzulässig. Niedergericht und Obergericht haben übereinstimmend ausgesprochen, daß weder in der seitens der Beklagten zugestandenen Vorzeigung von Flaschen, als solcher, in welchen sie das Schmalbier liefern würden, eine im Verhältniß zum Kläger übernommene Verpflichtung zur Beibehaltung der Flaschen in unveränderter Gestalt gefunden werden könne (auf welche Annahme die Principalbeschwerde des Klägers voriger Instanz und die gegenwärtige erste Beschwerde gestützt worden sind), noch auch dem Kläger, gegenüber dem vorliegenden schriftlichen Contract und bei der Unbestimmtheit seiner Angaben, der Beweis einer beklagtischen Zusage in Betreff des in Rede stehenden Punktes zu verstatten sei (Eventual-Beschwerde des Klägers voriger Instanz und zweite Beschwerde gegenwärtiger Instanz).

Wenn der Kläger vorgiebt, die Unzulässigkeit der beiden vorerwähnten Beschwerden aus dem Grunde verneinen zu können, weil wegen difformer Entscheidung eines anderen Punktes — der von den Hauptstreitpunkten völlig trennbaren Frage, ob ein gewisses Factum den Beklagten mit zum Gegenbeweise zu verstellen sei — an das Ober-Appellations-Gericht habe appellirt werden dürfen, und es unter diesen Umständen „räthlich" sei und „Empfehlung verdiene," die Sache ihrem gesammten Umfange nach der Entscheidung der dritten Instanz zu unterbreiten, so bedarf die Hinfälligkeit dieser Aufstellung, bei welcher das Princip der duae conformes und deren in zahlreichen Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts constant gegebene Anwendung gänzlich ignorirt werden, keiner Ausführung.

II. Die dritte Beschwerde des Klägers, daß das Obergericht das Niedergerichts-Erkenntniß insoweit abgeändert habe, als es den Beklagten einen neuen besonderen Alter-

nativsatz — daß der Kläger sich geweigert habe, das Bier in den neuen Flaschen zu nehmen — für den Gegenbeweis verstattete, ist freilich formell zulässig, aber materiell grundlos.

Die Relevanz des in Frage stehenden Umstandes, im Verhältnisse zu dem vom Kläger zu erweisenden Factum, ist nicht zu verkennen. Der Sinn des rechtskräftig dem Kläger aufgelegten Beweises ist, daß die Beklagten ohne genügende Ursache von den im Verhältniß zum Kläger übernommenen Verbindlichkeiten sich losgesagt, daß sie nämlich schon auf den bloßen Protest des Klägers gegen die Veränderung der Flaschen ihm erklärt hätten, nun solle er gar kein Bier mehr haben. Diesem Beweise eines von den Beklagten ausgegangenen Contractsbruchs gegenüber mußte es den Beklagten freistehen — und zwar selbst ohne daß es eines desfallsigen besonderen Vorbehalts im Beweiserkenntnisse bedurfte — solche Umstände im Gegenbeweise darzuthun, aus welchen hervorgehe, daß die Beklagten eines Contractsbruchs sich nicht schuldig gemacht hätten, es nämlich nicht an ihnen, sondern an dem Kläger gelegen habe, wenn mit der Bierlieferung nicht fortgefahren sei. Ein solcher Umstand ist zweifellos das vom Niedergerichte als zulässiges Gegenbeweismoment bezeichnete Factum, daß die Beklagten dem Kläger die fernere Lieferung von Bier in den neuen Flaschen wiederholt offerirt hätten; ein Gleiches gilt aber auch, wie von selbst einleuchtet, nicht minder von dem seitens des Obergerichts den Beklagten freigestellten Gegenbeweismomente der klägerischen Weigerung, das Bier in den neuen Flaschen zu nehmen.

Der Kläger führt zur Begründung seiner Beschwerde an,

1) der Streit wegen der Flaschen habe nur den Vertrieb des Schmalbiers betroffen. Gesetzt, der Kläger hätte in Beziehung auf diesen Theil der beklagtischen Leistungen und seines Verhaltens zu demselben im Unrecht sich befunden, so würde doch dies die Beklagten nicht befugt haben, die Lieferung der anderen Biersorten zurückzuhalten, also „gar kein Bier" dem Kläger zu verabfolgen. Dieses Vorbringen er-

ledigt sich durch die Erwägung, daß ein Fabrikherr ohne Zweifel berechtigt ist, einen zum Vertriebe des Fabrikats Angestellten — hier der Brauereibesitzer den Bierführer — abzuschaffen, wenn Letzterer unberechtigter Weise sich weigert, einen gewissen Theil des Fabrikats zu vertreiben. Der Angestellte bekundet hierdurch nicht nur ein unzulässiges subjectives Verhalten in seiner Beziehung zum Fabrikherrn, welches dieser sich gefallen zu lassen nicht verbunden sein kann — hier die Beklagten um so weniger, als der Kläger im § 3 des Contracts sich verpflichtet hatte, „die Anordnungen der Beklagten genau zu befolgen" —, sondern er beschädigt auch das materielle Interesse des Fabrikherrn. Dieser will alle seine Fabrikate absetzen, und der mit dem Vertriebe Beauftragte vereitelt dies, wenn er gewisse Theile derselben zurückweiset.

Ueberdies hat der Kläger durch den Inhalt seiner Klage und insbesondere dadurch, daß er den Gesammtcontract als durch das beklagtische Verhalten in Betreff der Flaschen als gebrochen bezeichnete, selbst es in Gewißheit gebracht, daß der Schmalbier-Vertrieb, wenn nicht den fast allein in Betracht kommenden Gegenstand seiner für die Kläger zu leistenden Thätigkeit, doch einen wesentlichen Theil derselben gebildet hat. Auch ist der Kläger weder in erster noch in zweiter Instanz mit der Behauptung hervorgetreten, daß er eine verschiedene Behandlung der mehreren Biersorten verlangt oder für thunlich gehalten habe. Andererseits haben die Beklagten vor dem Obergerichte, und zwar mit Recht, darauf verwiesen, daß sie es sich nicht hätten gefallen lassen müssen, wenn der Kläger seinen Hauptartikel im Stiche lasse; zumal da sie ihm Wagen und Pferd zu halten gehabt hätten.

Actenwidrig ist

2) die Behauptung des Klägers, daß die Beklagten es in erster Instanz an der Behauptung einer von ihm, dem Kläger, ausgegangenen Weigerung, das Bier in den neuen Flaschen zu nehmen, haben fehlen lassen. Die Beklagten haben excipiendo ausdrücklich erklärt, „sie hätten darauf

bestanden, daß der Kläger das Bier in den neuen Flaschen nehme," der Kläger habe dagegen „ihren berechtigten Anordnungen sich widersetzt und die weitere Erfüllung seiner Pflicht verweigert."

---

18. Hamburg.

Dr. **Wex** zu Hamburg, mand. nom. des Directoriums der **Sächsischen Champagner-Fabrik** in Dresden, Klägerin, wider **Hofmeister Scheffler & Sieg** in Hamburg, Beklagte, Auslieferung von Versicherungspolicen u. w. d. a. betreffend.

---

1) Appellationssumme. Die Androhung steigender Geldstrafen ohne voraus gezogene Gränze ist ein Gegenstand unbestimmten Werthes, welcher unter § 6 der Hamburgischen Appellabilitätsverordnung fällt.

2) Zur Erzwingung von Handlungen ist die Androhung und Vollziehung steigender Geldstrafen ein nach deutscher Praxis zulässiges Executionsmittel.

Rechtsfall. Hofmeister Scheffler & Sieg zu Hamburg, eine Zweigniederlassung des Hauses Scheffler & Sieg in Dresden, standen mit der Sächsischen Champagner=Fabrik zu Dresden in mehrfacher Geschäftsverbindung. In einer im Februar 1866 aufgestellten Berechnung hatten sich dieselben die Kosten für Spedition zweier Kisten mit Wein nach London und Sidney, und darunter eine Auslage für Seeassecuranz gutgeschrieben. Die Direction der Sächs. Champ.=Fabrik erkannte zwar die Rechnung an, verlangte aber die Zusendung der betreffenden Policen, und klagte darauf, als Hofmeister Scheffler & Sieg sich weigerten, beim Handelsgericht zu Hamburg mit der Bitte, unter Vorbehalt aller

der Klägerin im Uebrigen zustehenden Rechte die Beklagten bei 100 ₰ Strafe zur Herausgabe der fraglichen Policen, eventuell zur Ertheilung genauer Auskunft, wo und wie die Versicherungen geschlossen seien, zu verurtheilen. Nach verhandelter Sache verwarf

1) das Handelsgericht

mittelst Erkenntnisses vom 15. Juli 1866 sämmtliche von den Beklagten vorgeschützte Einreden und verurtheilte dieselben, innerhalb 4 Wochen, sofern Separatpolicen über die fraglichen Aussendungen vorhanden sein sollten, dieselben herauszugeben, anderenfalls der Klägerin genaue Auskunft über die Versicherungen nebst Belegen zu ertheilen, Alles bei Strafe von 20 ₰, sowie unter Verpflichtung zum Ersatz alles dessen, was Klägerin als ihren Schaden zu liquidiren im Stande sein könnte. Ueber dieses Präjudiz wurde in den Entscheidungsgründen bemerkt, die Herausgabe der Policen sei nicht selbstständig Gegenstand einer contractlichen Pflicht, sondern nur Theil der Auskunftsverbindlichkeit der Beklagten über die erfolgte Besorgung einer Geschäftsangelegenheit. Es müsse daher erwogen werden, wie groß das geschädigte Geldinteresse sein könne; wohin auch die freilich in mehrfacher Hinsicht nicht ganz zutreffende Analogie der

l. 48, 52 pr. D. de. act. emti (19, 1)
c. 24 C. de fideic. (6, 42)

zu führen scheine. Demnach könne das Präjudiz nicht so bemessen werden, daß die Herausgabe oder Auskunftsertheilung dadurch mehr oder weniger erzwungen werden würde, sondern nur in der Weise, daß dem Beklagten dem klägerischen Antrage gemäß die Gelebung bei einer Geldstrafe, welche aber auch im Weigerungsfall nicht zu erhöhen sei, sowie unter Verpflichtung zum Ersatz alles Schadens, dessen Liquidation vorbehältlich, aufzuerlegen sei.

Auf Appellation beider Theile wurde

2) vom Obergericht

durch Erkenntniß vom 28. September 1868 die Verwerfung sämmtlicher Einreden bestätigt, auch die Auflage, binnen

4 Wochen der einen oder andern Verbindlichkeit bei 20 ℳ Strafe nachzukommen, beibehalten, für den Nichtgelebungsfall aber wurden der Klägerin weitere Anträge im weitesten Umfange vorbehalten. Die Motivirung ging, so viel das Präjudiz betrifft, dahin. Es könne nicht mit dem Handelsgericht angenommen werden, daß Klägerin, nachdem Beklagter die angedrohten 20 ℳ verwirkt haben werde, von seinem Exhibitionsverlangen abzustehen und für Construirung einer Schadensklage anderweitig Sorge zu tragen habe. Erst dann vielmehr, wenn sich die Unmöglichkeit der Erfüllung der dem Beklagten obliegenden Pflicht hervorstellen sollte, würde die Klägerin auf anderweitige, je nach den die Unmöglichkeit constatirenden Momenten zu construirende Begründung etwaiger pecuniärer Ansprüche hinzuweisen sein. Hiernach sei einestheils von dem eventuellen Schadensersatz für jetzt abzusehen, anderentheils der Ausspruch, daß die angedrohte Geldstrafe nicht zu erhöhen sei, in Wegfall zu bringen, die Fixirung auf 20 ℳ aber für die ersten 4 Wochen beizubehalten.

Auf Appellation der Beklagten wurde diese Entscheidung

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 27. Februar 1869 aus folgenden Gründen bestätigt.

I. (Ausführung, daß die auf Abweisung der Klage gerichtete erste Beschwerde wegen vorliegender duae conformes unstatthaft sei.)

Anlangend

II. die nach dem Vorstehenden nur noch in Betracht kommenden eventuellen das Strafpräjudiz betreffenden Beschwerden der Beklagten, so hat die Klägerin

1) deren formelle Zulässigkeit aus folgenden Gründen bestritten, und zwar

a) wegen fehlender summa appellabilis, indem nicht anzunehmen sei, daß die Gerichte im Verfolg der Sache mit Geldstrafen bis zum Belauf von mehr als Bco. ℔ 500. über

die schon angedroheten 20 ℛ hinaus gehen würden. Allein eine bestimmte Begränzung der eventuellen Straffumme liegt nicht vor; das Obergericht hat vielmehr im Allgemeinen Geldstrafen auf so lange in Aussicht gestellt, als die Beklagten „bei ihrer unmotivirten Renitenz verbleiben würden.“ Der vorliegende Fall gehört mithin unter die Bestimmung des § 6 der Appellabilitäts-Verordnung. Die Beklagten haben nämlich keine Sicherheit dagegen, daß das ihnen gedrohete Uebel nicht bis über den Belauf der Appellationssumme hinaus gegen sie zur Anwendung werde gebracht werden, und es mußte deßhalb nach dem angezogenen § die Sache als die Appellationssumme an Werth möglicher Weise übersteigend geachtet werden. Ueberdies hat die Klägerin in erster Instanz beantragt, die Strafe eventualiter auf 100, 200 à 400 ℛ zu steigern.

Wenn die Klägerin

b) die in Rede stehende Feststellung des Präjudizes der Nichtfolgeleistung unter die Kategorie der proceßleitenden Bescheide zu bringen und aus diesem Grunde unter Berufung auf § 4 der Appellabilitäts-Verordnung die Unzulässigkeit der eventuellen beklagtischen Beschwerden zu behaupten versucht hat, so bedarf der Ungrund dieser Aufstellung einer besonderen Darlegung nicht, und Gleiches gilt

c) von dem Versuche der Klägerin, die vorliegende Frage unter die Bestimmung des § 3 der Appellab.-Verordn. zu subsumiren, durch welche Appellationen gegen rechtskräftige Erkenntnisse und gegen solche Verfügungen, welche reine Folgen rechtskräftiger Erkenntnisse sind, für unzulässig erklärt werden. Es leuchtet von selbst ein, daß die zur Entscheidung stehende Frage, durch welche Zwangsmittel auf die Beklagten zum Zweck der Erfüllung der ihnen, der Klägerin gegenüber, obliegenden Verbindlichkeit zu wirken sei, nicht schon ohne Weiteres durch die rechtskräftige Feststellung dieser Verbindlichkeit selbst erledigt worden ist, vielmehr der Erledigung erst bedarf.

Wie hiernach die sämmtlichen klägerischen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der eventuellen Beschwerden der Be-

klagten grundlos erscheinen, so ist es andererseits ein vergebliches Unternehmen der Letzteren, wenn sie die Ansicht geltend zu machen suchen, auf steigende Geldstrafen habe das Obergericht deßhalb überhaupt nicht erkennen dürfen, weil ein solcher Ausspruch, als über die Anträge der Klägerin hinausgehend, eine Verletzung der Verhandlungsmaxime enthalten habe. Nichts berechtigt nämlich die Beklagten zu der Annahme, daß das Petitum der Klage, „die Beklagten bei 100 ℛ𝓅 Strafe zur Herausgabe der Policen u. w. d. a. zu verurtheilen," in dem Sinne von der Klägerin aufgefaßt worden sei, daß, wenn diese Strafdrohung und eventualiter eine derselben folgende Strafvollziehung erfolglos bleiben sollten, mit Zwangsmaßregeln nicht weiter gegen die Beklagten zu verfahren sei. Im Gegentheil, der Inhalt des Klage-Antrages, in welchem betont wird, daß die Beklagten die Policen ausliefern „müßten," so wie auch die Höhe der gleich anfangs beantragten Strafe führen darauf hin, daß die Klägerin einen wirksamen Zwang beabsichtigte. Ueberdies hätte es bei der Anstellung der Klage und bei der ersten Verhandlung genügt, wenn die Klägerin sich bei ihrer Klagbitte und bei den ferneren auf deren Realisirung abzweckenden Anträgen auf die Zuerkennung des in Anspruch genommenen Rechtes selbst beschränkt hätte, indem sie Alles, was durch eine etwa später sich zeigende Widersetzlichkeit der Beklagten gegen die richterliche Auflage nothwendig werden konnte, der Executions-Instanz hätte überlassen dürfen. Um so weniger ist anzunehmen, daß die Klägerin den Umfang der ihr eventuell zu gewährenden Rechtshülfe im Voraus durch ein gewisses Maß habe begränzen wollen.

2) In der Beurtheilung der Frage selbst, ob in Fällen wie der vorliegende, in welchem es sich um eine Verbindlichkeit handelt, deren Erfüllung von dem Willen des Schuldners abhängt, ohne durch äußere Mittel direct bewirkt werden zu können, die Androhung von Geldstrafen und — bei fortgesetzter Widersetzlichkeit des Schuldners — die Androhung und successive Vollstreckung steigender Geldstrafen, wie

sie nicht selten die den Umständen nach einzige mit Erfolg anwendbare Maßregel bilden, so auch als rechtlich zulässige Mittel anzusehen sind, kann dem Obergerichte nur beigetreten werden.

Unerheblich ist es hiefür, daß im älteren Römischen Proceß, weil in ihm selbst bei obligationes faciendi nur auf die litis aestimatio geklagt und condemnirt werden konnte, Geldstrafen als Executionsmittel nicht vorkamen, so wie daß auch das neueste Röm. Recht, obgleich es neben der Condemnation auf das Geld-Interesse, wenn auf dieses geklagt wurde, die Richtung des Urtheils auf specielle Gegenstände, sowie directe Vollziehung durch Wegnahme der zuerkannten Objecte aufgenommen hatte,

L. 68 Dig. de R. V. (6, 1),

L. 17 Cod. de fideic. libert. (7, 4),

doch in Privatsachen — anders wo ein öffentliches Interesse in Frage stand,

L. 2 § 1 Dig. si quis in ius vocatus etc. (2, 5),

L. 1 § 3 Dig. de inspic. ventr. (25, 4) —

Geldstrafen nicht gekannt zu haben scheint.

Bethmann-Hollweg, Röm. Civilproc. Bd. 3 § 758 vgl. mit Bd. 2 § 122.

Es kommt nämlich auf das Römische Recht hier deßhalb nicht an, da die gemeinrechtliche Praxis nach dem Vorgange der Reichsgesetze:

K.-G.-O. von 1555 Tit. 48 § 4,

J.-R.-A. § 159, 160, 162,

Geldstrafen, und zwar im Falle fortgesetzter Renitenz des Condemnirten steigende Geldstrafen, als ordentliches Executionsmittel in den dazu sich eignenden Fällen anerkannt hat. Das Bestehen dieser Praxis kann nach den zahlreichen dafür vorhandenen Zeugnissen nicht bezweifelt werden.

Danz, Proc. ed. Gönner § 461, 464,

Hommel, d. Flavius I. S. 116, 16, II. 737, 1,

Claproth, ord. Proc. II. § 426,

Martin, " " § 273,

Linde, " " § 375,

Bayer, ord. Proc. § 336 S. 1117 ed. 8,
Wetzell, " " § 50 ed. 2 S. 592,
Renaud, " " § 171 S. 473,
Wächter, Erörterungen II. 27 (welcher Schriftsteller die Praxis als bestehend anerkennt, wenngleich er sie nicht billigt).

Wären die Beklagten einfach editionspflichtig in Betreff von Urkunden, durch deren Inhalt die Klägerin Beweis zu führen beabsichtigte, so würde es nicht erforderlich sein, auf die Anwendung von Geldstrafen als Zwangsmittel einzugehen, da in solchem Falle, wie öfters vom Ober-Appellations-Gerichte ausgesprochen worden, dem Ungehorsam gegenüber der Inhalt der Urkunden als eingeräumt anzunehmen sein würde:

Jacobj & Suse c. Klünder, Hamb. 1847,*)
Franck u. Cons. c. Oppenheim, Frkf. 1862,**)
Schnapper c. Cugini Marsano & Co., 1864,***)
(vgl. Allg. D. H.-Ges.-Buch art. 37).

Allein dies Präjudiz ist hier unanwendbar, wo der Inhalt der in Rede stehenden Urkunden der Klägerin unbekannt und es sogar noch ungewiß ist, ob Urkunden überhaupt existiren oder existirt haben. Hier handelt es sich zunächst um die von den Beklagten über ihre Mandatsausführung zu gebende Auskunft, also um ein Handeln der Beklagten, dessen Erzwingung nur durch psychische Nöthigungsmittel bewirkt werden kann, für welchen Fall übrigens die Beklagten im Allgemeinen die Zulässigkeit von Geldstrafen selbst anerkennen. Unbedenklich haben denn auch, wo in Fällen verletzter Editionsverbindlichkeit den Umständen nach Geldstrafen zum Zwecke der Rechtshülfe angemessen erschienen, ältere wie neuere Processualisten speciell dabei für deren Anwendung sich erklärt:

Brunnemann, proc. civ. c. 19 № 27 sq.,
Seyfart, Reichsproceß c. 14 § 32,
Danz, § 319 not. 9 (S. 480),
Hellfeld, jurispr. for. § 1173,
Glück, Bd. 22 S. 126,

---

*) Hamburgische Samml. der O.-A.-G.-Erk. Bd. 1 S. 883.
**) Frankfurter Vereinssamml. Bd. 7 S. 12.
***) Dieselbe Samml. Bd. 8 S. 255.

Knorre, Anl. I. 12 § 31,
Schmid, Handbuch II. S. 290 f.

Die vom Handelsgerichte angezogenen Gesetze (L. 48 u. 52 Dig. de act. emti 19, 1 und L. 24 Cod. de fid. 6, 42) enthalten nur Entscheidungen darüber, ob in gewissen Fällen eine Verbindlichkeit zur Edition oder doch zur Vorzeigung von Urkunden anzunehmen sei; für die Frage, ob und eventuell in welchem Umfange Zwangsmittel gegen den Verpflichteten im Falle der Widersetzlichkeit desselben anzuwenden seien, sind sie ohne Bedeutung.

Bis wie weit in den vorkommenden Fällen mit steigenden Geldstrafen zu gehen sei, hängt von den jedesmaligen Umständen ab. Im vorliegenden Falle ist von dem Obergerichte die Bestimmung hierüber späterer Entscheidung vorbehalten, und liegt mithin von einer Läsion der Beklagten in dieser Richtung Nichts vor.

Hamburg. 19.

Dr. Donnenberg, W. A. C. Brügmann und **A. Brunkow** als curatores bonorum **W. Schölermann & Co.** zu Hamburg, Kläger, wider **Conrad Warnecke** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

---

1) Eine Wechselforderung kann auch ohne gleichzeitige Uebergabe der Wechselurkunde gültig durch Cession übertragen werden; der Besitz des Wechsels ist nur zur Legitimation bei der Geltendmachung der Wechselforderung unentbehrlich.

2) Der Schuldner eines Falliten kann, von den Concurscuratoren belangt, nach Hamburgischem Recht auch wegen einer bedingten Gegenforderung das Retentionsrecht ausüben, und nach eingetretener Bedingung beim Vorhandensein concurrirender Geldsummen compensiren.

Rechtsfall. Wilhelm Schölermann, alleiniger Inhaber der Firma W. Schölermann & Co. zu Hamburg, reichte am 6. December 1865 seine Insolvenzerklärung ein. Am 25. November hatte er noch zwei Wechsel, einen à 600 £, einen à 400 £ auf Suse & Sibeth in London gezogen, auch sofort an demselben Tage an den Banquier Ferdinand Jacobson in Hamburg begeben und von ihm die Valuta erhalten. Conrad Warnecke in Hamburg hatte sich aber auf Schölermann's Veranlassung verpflichtet, den Trassaten in London für rechtzeitige Deckung dieser beiden Wechsel zu haften, und hatte darüber dem Hamburgischen Agenten der Trassaten Mittheilung gemacht. Ehe noch die Trassaten sich über die Annahme erklärt hatten, stellte Schölermann am 27. Novbr. seine Zahlungen ein, und an demselben Tage kam zwischen ihm und Warnecke eine Uebereinkunft zu Stande, wonach Schölermann dem Letzteren theils mehrere Partieen Kaffee im Gesammtwerth von Bco. ℳ 4706. 13 ß überließ, theils eine Forderung an M. L. Blau in Berlin im Betrage von Bco. ℳ 7626. 2 ß cedirte, um ihn für die übernommene Garantie zu decken. Durch Brief vom 28. November, welcher am 30. in Hamburg eintraf, lehnten Suse & Sibeth die Acceptation der beiden Wechsel ab. Diese wurden indessen bei der auf ihnen angegebenen Nothadresse zu Ehren von Ferd. Jacobson acceptirt und einige Tage nach Verfall, am 1. März 1866, an dessen Indossatare vom Nothadressaten ausbezahlt.

Bereits am 30. November 1865, als der ablehnende Brief von Suse & Sibeth in Hamburg anlangte, während die Prima der beiden Wechsel noch in London war und die Secunda an verschiedenen Orten weiter indossirt wurde, stellte Ferd. Jacobson zu Gunsten von Conr. Warnecke folgendes Document aus:

„Hiedurch — cedire — ich — die mir auf Grund der Nichtannahme zweier von den Herren W. Schölermann & Co. an mich verkaufter Tratten auf die Herren Suse & Sibeth in London im Betrage von 600 £ und 400 £

und des wegen solcher Nichtannahme erhobenen Protestes zuständigen Ansprüche cum omni jure et actione an und auf den Herrn Conrad Warnecke hieselbst, von welchem ich die Valuta für diese Cession zu meiner vollen Zufriedenheit erhalten zu haben bekenne, und den ich puncto Eingangs der cedirten Forderung schadlos halte."

Daran schließt sich eine acceptirende Erklärung von Conr. Warnecke. Die Unterschrift beider Betheiligten ist notariell beglaubigt.

Im Januar 1866 klagten nun die im Schölermann'schen Concurs ernannten curatores bonorum beim Handelsgericht gegen Conr. Warnecke auf Zurückgabe der empfangenen Deckungsmittel oder Bezahlung der Summe von Bco. ℳ 7626. 2 ß und Bco. ℳ 4706. 13 ß sammt Zinsen und Kosten, indem sie geltend machten, die Deckung sei nur für den nicht eingetretenen Fall gegeben worden, daß Suse & Sibeth acceptiren würden, während der Beklagte, wie aus Anl. 3 (einem von Jacobson und dem Beklagten unterzeichneten Brief an W. Schölermann & Co. vom 30. November 1865, worin die an diesem Tage vollzogene Cession der Regreßforderung des Ersteren angezeigt wird) hervorgehe, widerrechtlich zu Gunsten von Jacobson über die Deckung verfügt habe. Zu der mehrmals ausgesetzten Verhandlung hierüber kam es erst im December 1866 und nach einer durch gerichtlichen Güteversuch veranlaßten längeren Unterbrechung von Neuem im September 1867. Der Beklagte schützte die Einrede der Compensation vor, zunächst auf Grund der ihm cedirten Wechselforderung, wobei die beiden Wechsel nebst den Protesten wegen Nichtzahlung der Trassaten und der Ricambionote des Nothadressaten überreicht wurden; sodann, weil Schölermann, als die Weigerung von Suse & Sibeth telegraphisch gemeldet worden, oder spätestens am 30. November 1865 dem Beklagten die Anweisung ertheilt habe, die beiden Wechsel, wenn sie auf Jacobson zurückkämen, an diesen zu bezahlen und sich aus der Deckung zu befriedigen. Die Kläger erkannten zwar die Cessionsacte als formell in Ordnung

an, bestritten aber deren Wirksamkeit, weil die Wechsel erst zu Anfang des März 1866, also nach der Insolvenzerklärung Schölermann's zur Einlösung gekommen seien, und zur Zeit der Cession Jacobson noch gar keine Regreßrechte Mangels Zahlung gehabt habe. Zugleich leugneten sie die Anweisung, welche Beklagter von Schölermann wegen Befriedigung Jacobson's erhalten haben wolle.

1) Das Handelsgericht

legte in seinem Erkenntniß vom 26. September 1867 dem Beklagten den Beweis der gedachten Anweisung auf, indem es in den Gründen geltend machte: Wechselforderungen seien ähnlich wie Papiere auf Inhaber in dem Schulddocument verkörpert, und könnten daher nur dann durch Cession übertragen werden, wenn zugleich der Wechsel dem Cessionar überliefert werde; wofür auf

Archiv für Wechselr. Bd. 12 S. 221 u. f. Bd. 13 S. 186 f.,
Volkmar u. Loewy, Ausg der W.-O. S. 65 f.

verwiesen wurde. Hiernach könnten die Rechte Jacobson's aus den Wechseln nicht schon mittelst der Cession vom 30. November, sondern erst mittelst der nach Schölermann's Insolvenzerklärung erfolgten Uebergabe der Wechsel auf den Beklagten übergegangen sein. Auch lasse sich nicht etwa annehmen, daß wenigstens das Recht auf Sicherstellung wegen nicht erfolgter Annahme übergegangen sei; schon deßhalb, weil dasselbe nicht abgesondert von den sonstigen Rechten des Gläubigers cedirt werden könne. Aus der Cession stehe daher dem Beklagten ein Retentionsrecht an den ihm zur Deckung übergebenen activis nicht zu. Auch die weiter behauptete Anweisung Schölermann's würde für sich allein dazu nicht genügen; der Beklagte müßte vielmehr außerdem vor erfahrener Insolvenzerklärung Schölermann's die Deckung dem Jacobson übergeben oder doch zu übergeben versprochen haben. Da aber die Kläger selbst erklärt hätten, Beklagter habe mittelst der Cessionsacte über die Deckung zu Gunsten Jacobson's verfügt, so erledige sich dieses Bedenken

und sei auf Beweis der gedachten Anweisung zu erkennen gewesen.

Auf Appellation des Beklagten erkannte

2) das Obergericht

unter dem 7. Februar 1868 auf Abweisung der Klage. Zufolge des notariell beglaubigten Documents vom 30. November 1865 nämlich habe Jacobson vor der Schölermann'schen Insolvenzerklärung die ihm zustehende Regreßforderung dem Beklagten cedirt, und die Rechtsgültigkeit dieser Cession sei nicht bestritten. Dem Handelsgericht könne aber darin nicht beigepflichtet werden, daß jede aus dem Wechselverkehr entspringende Forderung nur unter gleichzeitiger Ueberlieferung des Wechsels übertragen werden könne. Vielmehr seien von der processualischen Verfolgung eines wechselrechtlichen Anspruchs und der dieselbe bedingenden Production von Wechsel und Protest, oder einem dieser Documente, die Voraussetzungen für die rechtliche Bedeutung und Geltung der Uebertragung einer Forderung zu trennen. In der letzteren Beziehung unterliege es aber, wie im Allgemeinen auch bedingte oder eventuelle Forderungen für den Fall des Eintritts der Bedingung cedirt werden könnten, keinem Bedenken, daß Jacobson als Remittent der fraglichen Tratten sein Recht aus dem Begebungsvertrag zu einer Zeit, als die Wechsel noch nicht im Regreßwege von ihm eingelös't gewesen, mittelst der Cessionsacte auf den Beklagten übertragen habe. Hiernach stelle sich die auf die Cession und Ricambionote basirte Compensationseinrede als begründet dar.

Diese Entscheidung wurde auf Appellation der klagenden Curatoren

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 27. Februar 1869 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Während das Handelsgericht die vorgeschützte Compensationseinrede nur unter der Voraussetzung einer von den

Falliten W. Schölermann & Co. vor ihrer Insolvenzerklärung an den Beklagten ertheilten Anweisung, die empfangene Deckung an Ferd. Jacobson zu übergeben oder demselben den Betrag der in Rede stehenden Wechsel, falls sie auf ihn zurückkommen würden, zu bezahlen, abhängig erachtet und deßhalb hierüber dem Beklagten Beweis auferlegt hat, hält das Obergericht die Compensationseinrede schon durch die Cessionsurkunde vom 30. November 1865 für begründet und liquid, und ist danach zur Abweisung der Klage gelangt. Diese Entscheidung mußte auch, der auf Wiederherstellung der handelsgerichtlichen Entscheidung gerichteten Beschwerde der Kläger ungeachtet, bestätigt werden. Es kommt hier zunächst

I. auf die Frage an, ob die Cession vom 30. November 1865, obwohl sie nicht mit Uebergabe der Wechselurkunden verbunden war, Beklagter vielmehr erst später in deren Besitz gelangt ist, überhaupt rechtlich wirksam gewesen sei.

Zur Verneinung dieser Frage führen mit mehr oder weniger Nothwendigkeit die in neuester Zeit über die rechtliche Natur des Wechsels aufgestellten Theorien, welche die Idee einer „Verkörperung" der Wechselforderung in einem so weit gehenden Sinne zu Grunde legen, daß ihnen zufolge die Wechselurkunde entweder als ein für sich bestehender, neu geschaffener Gegenstand von Rechten,

s. Kuntze (außer seinen größeren Schriften über Inhaberpapiere u. über Wechselrecht) im Archiv f. Wechselr. Bd. 8 S. 345 ff., Bd. 11 S. 141 ff., Bd. 14 S. 1–12; und in Schletter's Jahrb. Bd. 13 S. 17 f.,

oder sogar als eigenes Rechtssubject aufgefaßt werden soll.

Volkmar u. Loewy in Goldschmidt's Zeitschr. für Hdlsr. Bd. 2 S. 552 ff. und in der Einl. ihrer Ausg. der deutsch. Wechselordn. Berlin 1862 S. V.–XIX. u. S. 65 f.; sowie Loewy im Archiv f. Wechselr. Bd. 11 S. 21 Not. 32.

Zweifelhafter kann es sein, ob auch die von

Siebenhaar in dem von ihm herausgegebenen Archiv f. Wechselr. Bd. 16 S. 119 ff.

aufgestellte Theorie, welche einen Mittelweg zwischen der von Kuntze vertheidigten Ansicht und der bisher herrschend gewesenen Vertragstheorie einzuschlagen scheint, zu gleichem Ergebniß nöthigen würde. Doch hat Siebenhaar (a. a. O. S. 160 Note 51, S. 175 Note 61) sich selbst bestimmt gegen die Möglichkeit einer Cession, und zwar, wie es scheint, gegen jede, auch die mit Uebergabe des Wechsels verbundene Cession erklärt.

Gegen diese neuen in kurzer Zeit nach einander aufgestellten Theorien erhebt sich das Bedenken, daß die Idee der „Verkörperung," anstatt sie nur als eine bildliche kurz zusammenfassende Bezeichnung zu benutzen, in einem zu wörtlichen, mit der rechtlichen Natur der „Obligation" nicht mehr vereinbaren Sinne verfolgt worden sei; und für jetzt kann man nicht umhin, darin nur Versuche zu erblicken, welche durch die Wissenschaft erst weiter erprobt werden müssen.

Sobald man dagegen, insbesondere von der Auffassung der Wechsel-Obligation als einer vertragsmäßigen aus,

vgl. Hamb. Gebrüder Behrens c. Lambrecht, October 1856,*)

in der Wechselurkunde nicht mehr findet, als die unerläßliche Form für Entstehung der Wechselforderung, sowie die unentbehrliche Legitimation bei der Geltendmachung derselben, dann muß man auch mit dem Obergericht sowohl die Zulässigkeit einer einfachen Cession überhaupt, als die Möglichkeit derselben ohne gleichzeitige Hingabe des Wechsels anerkennen. Denn weßhalb in der Eigenschaft der Wechselforderung als einer vom Dasein einer speciellen causa debendi ganz unabhängigen, s. g. abstracten Schuld ein Hinderniß liegen sollte, wie dagegen eingewendet worden ist, läßt sich nicht absehen, da die Cession ein allgemeines, alle vom Gesetz nicht besonders ausgenommenen Arten von Forderungen umfassendes Rechtsgeschäft ist, bei welchem die causa debendi der cedirten Forderung nicht weiter in Betracht kommt. Die

*) S. Hamburg. Samml. der O.-A.-Ger.-Erk. Bd. 3 S. 131.

Möglichkeit einer Cession von Wechselforderungen überhaupt wird denn auch, da die deutsche Wechselordnung nach Ausweis der Conferenzprotokolle hierüber als über einen civilrechtlichen Punkt nichts hat bestimmen wollen, meistens zugegeben.

Vergl. u. a. Archiv f. Wechselr. Bd. 12 S. 221 f., sowie Volkmar u. Loewy, d. Wechs.-O. S. 63—67.

Consequent folgt aber bei jeder Theorie, welche den Wechsel nur als Entstehungsform und Legitimationsurkunde ansieht, auch die Möglichkeit einer vom Besitz des Wechsels getrennten Cession, da der Umstand, daß die zur künftigen Geltendmachung der Forderung unentbehrliche Legitimation dem neuen Gläubiger nicht sofort mit überliefert wird, nach allgemeinen Rechtsregeln der Gültigkeit des Cessionsactes nicht im Wege stehen kann.

Die Ansicht nun, daß der Wechsel nicht als der ausschließliche Träger der Wechselforderung, sondern nach einmal entstandener Wechselobligation nur als nothwendige Legitimation bei ihrer Geltendmachung aufzufassen sei, hat das Ober-Appellations-Gericht bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung zu Grunde gelegt. Es hat sich nämlich hinsichtlich der Papiere auf den Inhaber wiederholt ausdrücklich in diesem Sinne (übereinstimmend u. a. mit dem Ober-Appellations-Gericht zu Cassel, s. Goldschmidt, Zeitschr. Bd. 6 S. 174) ausgesprochen.

Frkf. Heeger Wwe. c. Varrentrapp, Mai 1857.*)
Br. Rosemeyer Wwe. c. Plate Wwe, Febr. 1863.**)
Frkf. Wißmann c. Schmidt, Juni 1863.***)

Und wenn selbst bei den Inhaberpapieren, bei welchen die bloße Besitzeinräumung zur Uebertragung der verbrieften Forderung genügt, die Möglichkeit eines vom Besitz der Urkunde getrennten Bestehens der Forderung angenommen wird, so mußte dies nur um so mehr beim Wechsel anerkannt werden,

*) S. Frankf. Vereinssamml. Bd. 3 S. 165.
**) Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 16 № 137.
***) Frankf. Vereinssamml. Bd. 7 S. 446.

wo das Innehaben der Urkunde allein nicht hinreicht, der Gläubiger vielmehr zugleich durch den speciellen Inhalt der Urkunde legitimirt erscheinen muß. Dazu kommen die beiden vom Beklagten angeführten Präjudicate, in welchen zwar nicht speciell die Streitfrage von der Zulässigkeit der Cession vorlag, aber bestimmt von der Ansicht ausgegangen worden ist, daß ein durch den Wechsel begründetes obligatorisches Verhältniß auch für den nicht im Besitz der Wechselurkunde befindlichen Gläubiger mit rechtlicher Wirkung bestehen könne.

Hamb. Reiß & Co. cur. bon. c. Kugelmann & Abrahamson, Mai 1859.*)

Hamb. Bischoff Nachf. cur. bon. c. Zimmer, Januar 1867.**)

Insbesondere wurde in der letzteren Sache von der künftigen Regreßforderung eines Indossanten, der sich nicht im Besitz des Wechsels befand, erklärt, da die thatsächliche Grundlage gegeben gewesen sei, aus der das Forderungsrecht demnächst mit rechtlicher Nothwendigkeit habe hervorgehen müssen, so habe die Forderung als ein bereits in seinem Vermögen befindliches Activum angesehen und behandelt werden können.

Eine der Bejahung der obigen speciellen Frage entgegenstehende wechselrechtliche Praxis liegt nicht vor; die Frage scheint noch nicht häufig zu gerichtlicher Verhandlung gekommen zu sein, und die beiden dieselbe betreffenden Entscheidungen des Obertribunals in Berlin von 1861 und 1862, welche im

Archiv f. Wechselr. Bd. 12 S. 174—178. Bd. 13 S. 186 ff.; vgl. Borchardt, deutsche Wechsel-Ordn. (4. Aufl.) Not. 115 u. Zus. 175,

mitgetheilt worden sind, stehen mit einander in Widerspruch, und gründen sich überdies zum Theil auf besondere Bestimmungen des Preußischen Landrechts.

Die Bedenken endlich, welche der klägerische Sachführer aus Zweckmäßigkeitsgründen hergenommen hat — vermehrte

*) S. Hamburg. Samml. Bd. 3 S. 709.

**) S. die gegenw. Samml. Bd. 3 S. 29 f.

Gelegenheit zu Mißbrauch eines Wechsels, vermehrte Concurrenz von Sicherheits- und Retentions-Ansprüchen — haben nicht die ihnen beigelegte Erheblichkeit, dürfen aber jedenfalls nicht zur Beiseitesetzung der nothwendigen Consequenzen eines allgemeinen Rechtsinstitutes führen.

II. Es bleibt noch die Frage übrig, ob dem Beklagten etwa der Umstand im Wege stehe, daß die beiden Wechsel erst nach der Insolvenzerklärung von W. Schölermann & Co. verfielen und zur Einlösung kamen, erst hiedurch aber die Forderung des Cedenten Jacobson aus einem eventuellen zu einem gegenwärtigen Anspruch werden konnte; woraus die Kläger in der zweiten handelsgerichtlichen Verhandlung (September 1867) einen Einwand gegen die Einrede des Beklagten hergenommen haben.

Die hier in Rede stehende Regreßforderung des Cedenten Jacobson muß zur Zeit der Cession (30. November 1865) allerdings als eine bedingte bezeichnet werden, wobei die damals bereits vorliegende dringende Wahrscheinlichkeit, daß der Wechsel auf Jacobson zurückkommen, also die Bedingung eintreten werde, rechtlich keinen Unterschied macht. Daraus folgt, daß im Augenblick der Insolvenzerklärung von W. Schölermann & Co. eine Compensation des cedirten Anspruchs mit der Schuld des Beklagten an jene Firma nicht eintreten konnte. Allein die Hamburgische Falliten-Ordnung Art. 34 sub 3 (vergl. auch Art. 70 n. 4) giebt Jedem, der Activa des Falliten in seiner Gewalt hat, wegen aller (auch nicht connexer) Forderungen das Retentionsrecht, sofern er den Besitz nur justo titulo erlangte. Daß der Beklagte vermöge der Uebereinkunft mit W. Schölermann & Co. in rechtmäßiger Weise Disponent über die Deckungsmittel geworden ist, welche den Gegenstand der Klage bilden, und gegen welche nunmehr die cedirte Forderung compensirt werden soll, ist außer Streit. Es fragt sich also nur, ob die gesetzliche Vorschrift auch auf bedingte Forderungen zu beziehen sei. Und das mußte unbedenklich bejaht werden. Denn mit dem Eintritt einer von der Willkür des Schuldners

unabhängigen Bedingung erhält der Anspruch der Hauptsache nach — von der Streitfrage über accessorische Forderungen der Zwischenzeit kann hier abgesehen werden — ganz die nämliche Geltung, als wäre er von Anfang an ein unbedingter gewesen. Das Bedenken, daß durch die Retention wegen bedingter Ansprüche unter Umständen die Erledigung des Concursverfahrens in erheblichem Maße gestört werden kann, ist kein entscheidendes, weil die Störung ihren Grund nicht in dem Retentionsrecht, sondern in dem Dasein der Bedingung hat, und mehr oder weniger auch dann eintritt, wenn der bedingt Berechtigte seine Befriedigung aus der Concursmasse zu suchen hat. Ueberdies wird durch Zulassung des Retentionsrechtes der Frage nicht präjudicirt, ob nicht in Fällen, wo die Entscheidung der Bedingung erst in verhältnißmäßig langer Zeit zu erwarten ist, die Concurscuratoren je nach Umständen zu geeigneten Sicherungsmaßregeln berechtigt seien.

War hiernach der Beklagte zur Zeit der Insolvenzerklärung von W. Schölermann & Co. zur Retention wegen des ihm cedirten bedingten Anspruchs berechtigt, so hatte sich, noch ehe es zur Verhandlung über die Klage kam, durch die zu Anfang März 1866 von Seiten Jacobson's erfolgte Einlösung der Wechsel die bedingte Forderung in eine unbedingte und folgeweise das Retentionsrecht des Beklagten dem (alternativ auf einen Geldbetrag gerichteten) Klaganspruch gegenüber in ein Compensationsrecht verwandelt, so daß derselbe bei der Einlassung auf die Klage befugt war, hiervon Gebrauch zu machen.

---

20. Bremen.

Henschel Arndt in Nackel, Principalintervenient, sowie **Moses Israel, Jacob Israel** und **Deborah Fanny Henschel** nebst Geschlechtsvormund zu Hamburg, Kläger, wider **Eberhard Carl Delius** zu Bremen, Beklagten, sowie **Frederico, Robert H., Benjamin, Francisco Renschaw** und **Benjamin C. Prestmann** in Vertretung seiner Ehefrau **Francisca** geb. **Renschaw,** accessorische Intervenienten, Erbansprüche und Forderung aus geführter Vormundschaft betreffend.

---

1) Die in § 102 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung vorgesehene Fristerstreckung bis zum 8. September gilt für Bremen noch neben der dort bestehenden Vorschrift, daß der Lauf der Fristen während der Ferien gänzlich gehemmt werde.

2) Voraussetzungen zur Annahme einer Veränderung des Wohnsitzes, insbesondere für minderjährige Personen.

3) Sowohl die Testirfähigkeit als der Inhalt eines Testamentes ist nach der am Wohnsitz der Erblassers geltenden Gesetzgebung zu beurtheilen.

4) In Venezuela gelten im Allgemeinen noch die Bestimmungen des römischen Rechts; namentlich auch hinsichtlich der Testirfähigkeit.

5) Nach neuestem römischen Recht wird zur Erbeinsetzung keine bestimmte Form, insbesondere auch nicht der Gebrauch des Ausdruckes „Erbe" verlangt.

6) Eine über den Zeitpunkt der Unmündigkeit hinaus erstreckte Pupillarsubstitution; mit Rücksicht auf die Ausdrucksweise der Verfügung auch nicht als Fideicommiß des väterlichen Nachlasses aufrecht erhalten.

Rechtsfall. Adolph Wolff aus Königsberg oder Posen wanderte um das Jahr 1820 von Europa aus, ließ sich später in Carácas nieder, betrieb daselbst ein gewinnreiches kaufmännisches Geschäft, wurde Bürger und verheirathete sich. Im Jahre 1853 begab sich seine Frau Emilie geb. Renschaw zur Stärkung ihrer Gesundheit mit dem beiderseitigen einzigen, damals vier- bis fünfjährigen Sohne Alberto Adolfo nach Europa. Einige Zeit nachher folgte ihnen Adolph Wolff nach, starb aber bereits 1855 zu Nizza, und kurz darauf starb auch seine Frau. In einem im November 1853 zu Carácas in spanischer Sprache errichteten Testament hatte er seinen genannten Sohn zum Universalerben eingesetzt, seine Frau substituirt und in Art. 22 weiter bestimmt:

> Für den Fall, daß mein Sohn Alberto Adolfo Wolff in Minderjährigkeit versterben sollte, ohne im Stande gewesen zu sein, sein Testament zu machen, und ohne Notherben, weil seine Mutter etwa zu der Zeit verstorben sein möchte, ernenne und setze ich in Anwendung der mir durch die Gesetze verliehenen väterlichen Gewalt zu seinen Erben in erster Linie seine rechtmäßigen Oheime, meine Brüder, ein — und für den Fall ihres Todes die Söhne dieser — in Verbindung mit meinem Taufpathen und Schwager, dem jungen Benjamin Adolfo Renschaw, in der Weise, daß dieser und meine rechtmäßigen Brüder sich das Vermögen meines Sohnes zu gleichen Theilen theilen —. Aber wenn keine Brüder von mir noch rechtmäßige Kinder dieser vorhanden sein sollten, so sollen die Oheime meines Sohnes, die Brüder meiner Gattin, seine Erben sein, in welchem Falle mein Taufpathe Benjamin Adolfo Renschaw das Drittel und Fünftel des Vermögens erhalten und der Rest unter Allen zu gleichen Theilen getheilt werden soll.

Alberto Adolfo Wolff, der auch von seiner Mutter in einem zu Nizza am 1. April 1855 errichteten Testament zum Universalerben eingesetzt worden war, kam nach dem Tode seiner beiden Eltern nach Bonn in das Haus seines Vormundes H. W. Precht und wurde daselbst erzogen. Precht

der schon in vorgerücktem Alter stand, beantragte für den Fall seines Todes bei der Behörde in Carácas die Bestellung eines andern Vormundes und dazu wurde der Kaufmann E. C. Delius in Bremen ernannt. Im April 1866 starb Precht und Delius nahm die auf das Vermögen des jungen Wolff bezüglichen Bücher und Papiere zu sich, ließ diesen selbst aber bei der Wittwe Precht in Bonn. Hier starb Alberto Adolfo Wolff noch in demselben Jahre, nachdem er in den Formen des daselbst geltenden französischen Rechtes, jedoch in englischer Sprache, ein Testament errichtet und darin den Geschwistern seiner Mutter das ganze sowohl von Vater als Mutter ererbte Vermögen zugewandt hatte. Diese Erben bevollmächtigten den Vormund Delius, den Nachlaß für sie zu reguliren und zu vertheilen. Im Juli 1867 traten des Verstorbenen Vettern von väterlicher Seite, nämlich die Kinder eines den Namen Henschel führenden Bruders von Adolph Wolff, denen sich später der Sohn einer Schwester desselben, Namens Henschel Arndt, anschloß, beim Obergericht zu Bremen gegen Delius klagend auf. Sie führten an: da Alberto Adolfo Wolff in der Minderjährigkeit verstorben sei, so träten die Bestimmungen des väterlichen Testamentes ein, wonach sie die rechten Erben desselben seien und den Nachlaß mit Benjamin Adolfo Renschaw zu theilen hätten. Sie baten danach, daß Beklagter verurtheilt werde, den Besitz des Nachlasses zur Hälfte auf sie zu übertragen, sowie Abrechnung und Ausweis über den Bestand des Nachlasses zu geben. — Der Beklagte, welchem die im Testament von Alberto Adolfo Wolff bedachten mütterlichen Geschwister als accessorische Intervenienten beitraten, machte geltend, er habe bis jetzt erst einen kleinen Theil des Nachlasses in Händen, halte aber auf Grund des eben erwähnten Testamentes die mütterlichen Geschwister für die allein berechtigten Erben und handle nur als deren Mandatar. Gegen diese Erben müßten sich daher die ihm ganz unbekannten Kläger wenden. In Venezuela herrsche römisches Recht, und danach habe Alberto Adolfo Wolff, der als Minder-

jähriger nicht fähig gewesen sei, seinen Wohnsitz aufzugeben, gültig testiren und durch Bestimmungen des väterlichen Testamentes nicht daran gehindert werden können. Mindestens hätte der alte Wolff seinem Sohne die quarta Falcidia und den Pflichttheil hinterlassen müssen, und am wenigsten könnten die Kläger ein Anrecht auf das von der Mutter des jungen Wolff herstammende Vermögen haben. Träte die gesetzliche Erbfolge ein, so gingen die Mandanten des Beklagten den Klägern vermöge der Gradesnähe vor. Die Kläger suchten dagegen in der Replik auszuführen, daß Alberto Adolfo Wolff zur Zeit seines Todes in Bonn domicilirt gewesen sei und als Minderjähriger nach französischem Recht nur über die Hälfte seines Vermögens habe testiren dürfen. In die „nicht verschenkbare“ Hälfte würden daher die Kläger als Pupillarsubstituten succediren, lediglich in Concurrenz mit Benjamin Adolfo Renschaw. Uebrigens habe Alberto Adolfo Wolff nur über das ihm von seinen Eltern hinterlassene Capitalvermögen verfügt. Zu der Hälfte, an welcher die Kläger concurrirten, komme daher noch der gesammte Rest der Aufkünfte dieser beiden Vermögensmassen. Beurtheile man das Testament nach dem Recht von Venezuela oder Bremen, so wäre es ungültig, da es an der nach römischem Recht erforderlichen Erbeseinsetzung, sowie an der Codicillarclausel fehle. Für diesen Fall seien die Kläger aus dem Testament des alten Wolff als Vulgar- oder fideicommissarische Substituten berechtigt. Nähme man den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge an, so entscheide nach dem Recht von Venezuela wie von Bremen nicht absolut die Gradesnähe, sondern die Erbschaft werde zunächst unter die väterliche und die mütterliche Linie gleich getheilt, und in jeder Linie entscheide erst die Gradesnähe.

1) Das Obergericht

erkannte unter dem 6. Januar 1868 auf Abweisung der Klage. Der Beklagte sei zwar als Besitzer in fremdem Namen der Erbschaftsklage nicht unterworfen, woran auch die accessorische Intervention nichts ändere, wohl aber der Vor-

mundschaftsklage von Seiten der Personen, welche sich als wahre Erben auszuweisen hätten. Das Testament des älteren Wolff sei nach dem in Venezuela geltenden römischen Recht zu beurtheilen. Vulgarsubstituten seien sie danach nicht. Auch als Pupillarsubstituten hätten sie keinen Anspruch, da die darauf gehende Verfügung dadurch, daß der Sohn das 14te Jahr überschritten habe, erloschen sei. Ebensowenig als Universalfideicommissare hinsichtlich des väterlichen Vermögens. Eine Pupillarsubstitution werde nur dann als Universalfideicommiß aufrecht erhalten, wenn der Testirer seinen deßfallsigen Willen erkennbar ausgesprochen habe, was hier nicht geschehen sei. Auf den Zweifel, ob der Ausdruck minoridad nicht auch Unmündigkeit bedeuten könne, komme es nicht an, da das Testament speciell zur Bedingung mache, der Sohn dürfe nicht im Stande gewesen sein, ein Testament zu machen, wobei der Testirer sicher nicht an eine andere Gesetzgebung, unter welcher der Sohn etwa leben könne, gedacht haben werde. Auch die Bezugnahme auf die väterliche Gewalt passe nicht für die Absicht einer fideicommissarischen Substitution. Zur gesetzlichen Erbfolge seien die Kläger nach dem Recht von Venezuela nicht berufen, da der junge Wolff ein Testament gemacht habe, dessen Gültigkeit durch den Mangel solenner Erbeseinsetzung nicht beeinträchtigt werde, während der Inhalt den Willen, die Geschwister der Mutter zu Erben des gesammten Vermögens mit Ausnahme der Vermächtnisse zu ernennen, außer Zweifel setze. Daher komme es auf die Behauptung einer vom gemeinen Recht abweichenden Intestaterbfolge nicht an. Daß aber der junge Wolff nicht in Bonn domicilirt gewesen sei, sondern den väterlichen Wohnsitz in Caràcas beibehalten habe, sei allen (hier näher angeführten) Umständen nach nicht zu bezweifeln.

Auf die von den Klägern ergriffene Revision erfolgte

2) beim Obergericht

ein bestätigendes Erkenntniß vom 28. Mai 1868, unter Verwerfung der inzwischen von Henschel Arndt angebrachten

Intervention. Die Gründe lassen es dahin gestellt, ob die Klage etwa auch als hereditatis petitio zuzulassen sein würde, schließen sich im Uebrigen den Motiven erster Instanz an, und suchen nur nochmals auszuführen, daß für den jungen Wolff kein Domicil in Bonn begründet worden sei und hierüber auch kein Beweis mehr nachgelassen werden könne. Daran ändere auch die neu vorgebrachte Behauptung nichts, daß der ältere Wolff von Europa aus seine Freunde in Carácas brieflich mit der Liquidirung seines Geschäfts beauftragt und wiederholt erklärt habe, er werde nach Carácas nicht zurückkehren; daraus würde höchstens das Aufgeben des bisherigen, aber nicht das Begründen eines neuen Wohnsitzes hervorgehen können. Der ferner von den Klägern hervorgehobene Umstand, daß die Mutter des jungen Wolff, in Ausübung vormundschaftlicher Rechte, diesen der Familie Precht in Bonn zugewiesen und gebeten habe, für denselben wie für ein eignes Kind zu sorgen, erscheine unerheblich, weil die Mutter testamentarisch keine vormundschaftlichen Rechte mehr habe ausüben können, ihre Bitte sich aber auch nicht einmal auf den factischen Aufenthalt des Sohnes, geschweige denn auf eine Domicilveränderung beziehe, so daß nicht etwa gefolgert werden könne, daß Precht durch Erfüllung jener Bitte seinerseits die Begründung eines neuen Domicils herbeigeführt habe.

Auf Appellation der Kläger erging

3) beim Ober-Appellations-Gericht

unter dem 4. März 1869 ebenfalls ein bestätigendes Urtheil, aus folgenden Gründen.

Der in den Appellationseinreden gestellte Antrag, die gegnerischen Rechtsmittel wegen versäumter zeitiger Einführung als desert zu verwerfen, ist unbegründet. Die Einführung der wider das Erkenntniß des Obergerichts vom 28. Mai 1868 zeitig am 11. Juni eingewandten Appellation mußte an sich nach § 123 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung bis zum 23. Juli beschafft werden. Da aber der

höchste Gerichtshof am 22. Juli nach § 22 a. a. O. seine Ferien beginnt, so würde, da nach der Bremischen Verordnung vom 29. August 1831 die Ferien des Gerichtes, welche mit Ende August ablaufen, bei Berechnung der Fristen gänzlich ausfallen, die Einführungsfrist am 2. September abgelaufen sein, wenn nur die gedachte Verordnung vom 29. August normgebend wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Dieselbe erging in Gemäßheit des § 104 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung gemachten Vorbehalts. Sie ist jedoch nicht an die Stelle des § 102 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung getreten, sondern dieser kommt neben der Verordnung zur Anwendung, insoweit er mit derselben nicht in Widerspruch steht. Da nun in § 102 vorgeschrieben ist, daß Fristen, welche in den ersten acht Tagen nach dem Ende der Gerichtsferien ablaufen, bis zum 8. September erstreckt sein sollen, und sich hierüber in der Verordnung vom 29. August 1831 eine widersprechende Vorschrift nicht findet, so konnte dem Antrage auf Desertion nicht Statt gegeben werden, indem am 7. und 8. September 1868 dem Obigen zufolge die Einführung zeitig geschehen ist.

Vgl. Blume zur Ob.-App.-Ger.-Ordn. § 102 not. g. z. A.

Für die Entscheidung der Sache selbst kommt es

1) darauf an, zu untersuchen, ob Caracas oder Bonn der Wohnsitz von Alberto Adolfo Wolff bei seinem Tode, den 28. August 1866, gewesen ist.

Unbestritten hatte dessen Vater, Adolfo Wolff, fast ein Menschenalter hindurch seinen Wohnsitz in der Hauptstadt Venezuela's. Und er hat ihn beibehalten bis an seinen Tod. Wenn der Vater 1853/54 zum Besuch seiner zur Stärkung ihrer Gesundheit mit dem gemeinsamen Sohne nach Europa gereis'ten Frau von seinem Wohnsitz sich entfernte, so ist eine solche Reise für die Aenderung desselben ebenso bedeutungslos, wie die vor Antritt der großen Seereise von Seiten eines Mannes in vorgerücktem Lebensalter erfolgte Errichtung seines Testamentes erklärlich. Nichts in solchem weis't auf dessen Absicht hin, den Wohnsitz aufzugeben; nichts darauf,

daß eine derartige Absicht in die Wirklichkeit übergegangen sei. Denn die in der Revisionsinstanz von Klägern aufgestellte Behauptung, welcher der Beklagte sofort widersprochen hat, von dem Verkauf des von Adolfo Wolff in Carácas geführten Geschäfts und seiner bei dem Auftrag zur Liquidation an Freunde ausgesprochenen Absicht dorthin nicht zurückzukehren, konnte in letzterer Beziehung nicht für ausreichend erachtet werden, und steht, was die Absicht anbelangt, mit den eidlichen Aussagen der Bevollmächtigten des Adolfo Wolff während seiner Abwesenheit und anderer Personen in directem Widerspruch. Auch wird das große Gewicht der deßfalls in erster Instanz beigebrachten Bescheinigung durch die Weigerung, sich darauf zu erklären, und das generelle nirgend weiter substantiirte Bestreiten in der Revisions-Instanz nicht im Mindesten beeinträchtigt. Von einer Berücksichtigung der vierten, in jetziger Instanz nachgeschobenen und daher schon um deßwillen verwerflichen Beschwerde kann daher keine Rede sein. Ebensowenig ist die Aeußerung des Adolfo Wolff in seinem Testament über seine Frau und seinen Sohn, sie seien residente actualmente in Paris, für das Aufhören ihres juristischen Wohnsitzes in Carácas von irgend welcher Bedeutung.

Als der Vater also in Nizza am 8. Februar 1855 von dem Tode überrascht ward, hatten er, wie sein damals sechsjähriger ehelicher Sohn Alberto Adolfo, ihren rechtlichen Wohnsitz in Carácas. Nun sind aber Unmündige und heutzutage auch Minderjährige nicht befugt, denselben ohne Zustimmung der Vormünder in rechtsbeständiger Weise zu verändern.

Vgl. Br. Focke w. Staatsanwalt 27. Novbr. 1856.*)

Daß aber eine derartige Einwilligung vorläge von Seiten der kurz nach dem Vater verstorbenen Mutter oder von Seiten der Vormünder Precht und Delius — eine ausdrückliche oder eine stillschweigende mittelst Angabe schlüssiger

*) S. Bremische Samml. der O.-A.-G.-Erk. Bd. 3 S. 529 f., bes. S. 532 z. E.

Thatumstände —, das ist überall nicht genügend behauptet, beziehungsweise dargelegt. Denn die in dem mütterlichen Testamente verordnete Veräußerung der Mobilien, beziehungsweise selbst der Verkauf ihres Wohnhauses in Carácas, beweis't hierfür absolut nichts; und ihre Empfehlung an den Vormund Precht und dessen Frau, den jungen Alberto Adolfo wie einen Sohn zu verpflegen, enthält nichts weniger, als die Verfügung, statt des bisherigen dem Wohnsitz des Vormundes zu folgen. Denn die Verpflegung eines Mündels hat mit dessen rechtlichem Wohnsitz überall nichts zu thun. Nicht einmal dahin liegt eine Behauptung vor, Alberto Adolfo habe nach zurückgelegten Jahren der Unmündigkeit einen deßfallsigen Entschluß gefaßt. Alles was vorliegt, besteht darin, daß derselbe seit seiner Abreise mit der Mutter nach Europa, also in den letzten 12 bis 14 Jahren seines Lebens, fern von Carácas sich aufgehalten, daß er in Frankreich, der Schweiz und Deutschland erzogen worden ist. Nun läßt sich aber gemeinrechtlich überhaupt nicht behaupten, daß Pfleglinge, sie mögen in Anstalten oder bei Privaten untergebracht sein, sie mögen bei ihren Vormündern oder bei Dritten ihrer Erziehung halber sich aufhalten, durch die Thatsache dieses Aufenthaltes je ihren Wohnsitz ändern könnten. Selbstverständlich ist es aber, daß die Aeußerungen des Notars bei Gelegenheit der Aufnahme des Testaments vom 25. August 1866, welche überdies nur von einem „factischen" Wohnen reden, daß ferner die Bezeichnung „of" und nicht „at Bonn" in dem Testament bei Nennung der Wittwe Precht, und daß endlich die Aeußerung des Vormundes Delius in einem Antrag an das Gericht vom 21. November 1866, in welchem das „Wohnen" von Precht in Bonn erwähnt wird, welche beide letztere Momente in gegenwärtiger Instanz noch besonders hervorgehoben sind, sowohl an sich, wie namentlich in Beihalt der von den Klägern irriger Weise unterschätzten entgegengesetzten Bescheinigung des Oberbürgermeisters von Bonn für das Vorhandensein eines rechtlichen Wohnsitzes an letzterem Orte sich

überall nicht benutzen lassen. Schließlich haben die Kläger auch noch darauf Gewicht gelegt, daß die Behörden in Carácas sich geweigert hätten, bei der Regulirung des in Rede stehenden Nachlasses thätig zu werden. Allein ganz abgesehen davon, daß nach Angabe des Beklagten jene Behörden zu dem Ende nicht einmal angegangen sein sollen, so würde sich auch aus einer derartigen Weigerung ein bündiger Schluß für das Aufgeben des dortigen Wohnsitzes von Seiten des Alberto Adolfo Wolff nicht ziehen lassen. Vielmehr ergiebt sich umgekehrt aus der Bescheinigung vom 30. Septbr. 1863, daß der Gerichtshof erster Instanz zu Carácas nach Einsicht des väterlichen und mütterlichen Testamentes des obgedachten Minderjährigen bei dem Abgang von Precht den Beklagten ausdrücklich als Vormund bestätigt hat, — eine Jurisdictionshandlung, welche sich nur erklären läßt aus der Annahme, daß der rechtliche Wohnsitz des Alberto Adolfo Wolff unverändert in Carácas geblieben ist.

Diesem Allem zufolge war anzunehmen, daß der deßfallsige Beweis vollständig in den Acten enthalten sei, und daß sämmtliche Thatsachen, welche Kläger dafür angeführt haben, dessen letzter rechtlicher Wohnsitz sei Bonn, oder gar, in völlig unzulässiger Anwendung von Art. 108 des Code civil, Bremen gewesen, für diesen Zweck unzulänglich sind. Es konnte mithin auch nicht davon die Rede sein, den Klägern annoch einen Beweis über ihre Behauptung, betreffend die Verlegung des Wohnsitzes nach Bonn, nachzulassen, und zwar um so weniger, als sie ihre deßfallsige in der zweiten Instanz erhobene zweite Beschwerde in der gegenwärtigen Instanz, wie von Appellaten unbeachtet geblieben ist, nicht wiederholt haben. Vielmehr mußten sämmtliche Beschwerden, welche auf der Voraussetzung einer Anwendbarkeit des in Bonn geltenden französischen Rechtes beruhen, oder dieselbe bezwecken, also die erste, zweite, dritte und sechste Beschwerde gegenwärtiger Instanz verworfen werden.

2) Ist sonach das Recht der Republik Venezuela bei der rechtlichen Beurtheilung der Testirfähigkeit von Alberto Adolfo

Wolff und des Inhalts seines am 25. August 1866 nach den Formen des französischen Rechtes errichteten Testamentes allein maßgebend, so fragt es sich zunächst, welches Recht in dieser Beziehung daselbst gilt. Beide Theile sind darüber einverstanden, daß die aus Spanien nach Süd-Amerika übertragenen Normen des römischen Rechtes noch derzeit dort zur Anwendung gebracht werden. Und diese an sich den Richter nicht bindende Uebereinstimmung erhält ihre Bestätigung theils in den vorgelegten, amtlich beglaubigten Auszügen aus dasigen Gesetzen, theils in den Zeugnissen der Literatur:

Antoine de St. Joseph, Concordance entre les Codes civilis étrangers et le Code Napoléon. Ed. 2 1856. Vol. I. p. CIV. Vol. II. z. A. u. Vol. IV. p. 448.

Anlangend nun

a) die Testirfähigkeit von Alberto Adolfo Wolff, so ist es außer Zweifel, daß er nach dem Recht von Carácas in seinem 18ten Lebensjahr über sein gesammtes Vermögen letztwillig zu verfügen berechtigt war, indem diese Befugniß daselbst mit dem gemeinrechtlichen Zeitpunkt, dem 14ten, beziehungsweise 12ten Lebensjahre beginnt.

l. 13 tit. 1 Part. 6, — l. 1, 5 tit. 5 Part. 6.*)

Antoine de St. Joseph, a. a. O. Vol. II. tit. 4 art. 65.

Dem Inhalt des von ihm errichteten Testamentes dagegen wird

b) der Mangel einer Erbeinsetzung als vernichtend entgegengesetzt. Gehörte dieselbe zur äußeren Form, wie Beklagter und die accessorischen Intervenienten behaupten, oder ließe sich annehmen, daß die Grundsätze des französischen Rechtes, des Orts, wo das Testament errichtet ward, oder des englischen Rechts, der Sprache, in welcher es geschrieben ist, für diesen Punkt in Betracht zu ziehen wären, so würde die Verwerflichkeit des Einwandes außer allem Zweifel sein. Denn englisches,

---

*) Spanische Bearbeitung des römischen Rechts für Venezuela.

Stephen, Commentaries on the laws of England, ed. 5 Vol. 1 pg. 609 sq., Vol. 2 pg. 192, 202 sq.,

wie französisches Recht,

Code civil art. 967,

betrachten die Erbeinsetzung nicht als wesentliches Erforderniß eines letzten Willens. Allein dieselbe gehört zum Inhalt letztwilliger Verfügungen, und nicht zu dessen Form. Es kommt daher nur auf die Bestimmungen des römischen, in Venezuela geltenden Rechtes an. Allein auch nach diesem ist nicht daran zu zweifeln, daß die in dem letzten Willen des Alberto Adolfo benannten Geschwister seiner verstorbenen Mutter vollgültig zu Erben eingesetzt worden sind. Denn nach dem neuesten römischen Recht ist zur Erbeinsetzung eine bestimmte Form und insbesondere der Gebrauch des Ausdrucks „Erbe" überall nicht mehr erforderlich. Wesentlich ist nur, daß die Absicht des Testirers, über seinen Nachlaß als solchen zu verfügen, aus dem Rechtsact unzweifelhaft hervorgeht.

Vgl. z. B. Sintenis, Civilrecht 2. A. Bd. 3 § 172 S. 393 flg.

Das trifft hier aber zu. Der Nachlaß des Testirers bestand aus den Erbschaften seiner beiden verstorbenen Eltern und deren etwaigem Zuwachs während der Zeit seiner Minderjährigkeit. Beide estates — ein zur Bezeichnung des Gesammtvermögens einer Person herkömmlicher Ausdruck —,

Webster, Dictionary. London 1862 s. v. p. 410,

giebt er nun den gleichen Personen, er macht sie zu den Erben seiner Eltern und hierdurch zu den seinigen. Bedeutungslos ist, daß des Zuwachses nicht besonders gedacht wird, indem derselbe stillschweigend als Accession der betreffenden Massen aufgefaßt ward. Die Scheidung selbst aber scheint vornämlich um deßwillen beliebt zu sein, um die Vermächtnisse passender anzuschließen, indem die Diamanten von der Mutter, die bedeutenden Geldmittel aber, welche den Testator in Stand setzten, Vermächtnisse zum Betrage von 105,000 Dollars Dritten zu hinterlassen, vom Vater herrührten. Auch erhält diese Auffassung dadurch eine Unter-

stützung, daß das im Testament mit give abwechselnd gebrauchte bequeathe, wie bereits in den Gründen zum vorigen Urtheil hervorgehoben ist, in dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens jedes letztwillige Bedenken und namentlich auch die Erbeinsetzung bezeichnet,

Webster, Dictionary s. v. pg. 116,

während die technischen Bezeichnungen, auf welche es aber bei dem Testament eines Laien nicht ankommt, anderen Worten den Vorzug geben:

Tomlins, Law-Dictionary. Ed. 4 by Granger s. v. Wills I, 1.

Bestätigt wird überdies die vorstehende Auffassung dadurch, daß gerade in dem amerikanischen Spanien eine sehr freie Beurtheilung bei der Frage nach der Einsetzung eines Erben eintreten soll.

Antoine de St. Joseph, a. a. O. Vol. II. tit. 5 art. 69.

3) Ist nun demzufolge das Testament des Alberto Adolfo Wolff in aller Maße bei Kräften, so ergiebt sich daraus von selbst, daß der Art. 22 des Testamentes von Adolfo Wolff damit beseitigt ist, indem die Bedingung, unter welcher dem Sohne substituirt ward, sin haber podido otorgar su testamento, gleichgültig, ob man dieselbe von einer juristischen oder factischen Fähigkeit zu testiren versteht, nicht eingetreten ist, da Alberto Adolfo zur Zeit seiner Testamentserrichtung nach dem Rechte seines juristischen Wohnsitzes dazu befähigt war und von seiner Befugniß in gültiger Weise Gebrauch gemacht hat.

Es mag daher nur noch für den Fall etwaiger Bedenken der Kläger an der Gültigkeit der Erbeinsetzung darauf hingewiesen werden, daß, wenn das fragliche Testament Mangels Erbeinsetzung wie Codicillarclausel für ungültig erklärt wäre, die Kläger dennoch ohne Aussicht sein würden, von der in Rede stehenden Erbschaft eine Quote zu erhalten. Denn das Ober-Appellations-Gericht mußte der in den Gründen zum vorigen Erkenntniß ausgeführten Ansicht beitreten, daß selbst nicht mit Hülfe der Codicillarclausel die in Art. 22 des Testaments angeordnete Pupillarsubstitution sich nach

Maßgabe der Ausdrucksweise jenes Artikels, des Wortes minoridad ungeachtet, als fideicommissarische Substitution in Ansehung des väterlichen Nachlasses auffassen lasse, und auch die 5. Beschwerde gegenwärtiger Instanz zu verwerfen sei. Wenn aber dies, so träte die gesetzliche Erbfolge ein, und ob die Behauptung der Kläger in der replikarischen Skizze, wonach zu Carácas in einem Falle der vorliegenden Art der Nachlaß in zwei Hälften getheilt und in jeder besonders die Gradesnähe entscheiden soll, sich würde beweisen lassen, das möchte wohl den entgegenstehenden Grundsätzen des römischen Rechts gegenüber sehr zweifelhaft sein. Und zwar um so mehr, als auch für Süd-Amerika, beziehungsweise Venezuela, bei

Antoine de St. Joseph a. a. O. Vol. II. tit. 16 art. 134 vgl. mit Vol. IV. p. 448 bis 452,

bezeugt wird:

„À défaut des descendants et ascendants du défunt, les collatéraux succèdent, à savoir:

1. Les frères et soeurs germains etc.
2. „ „ „ „ unilatéraux etc.
3. À défaut de ceux, qui viennent d'être indiqués, les autres parents plus proches jusqu'au quatrième degré canonique selon leur plus grande proximité sans distinction des biens paternels et maternels;“

indem der Grundsatz paterna paternis materna maternis nur bei halbbürtigen Geschwistern (2º) dort eintreten soll.

Da nun die Kläger ausdrücklich eingeräumt haben, daß sie dem Testirer um einen Grad ferner stehen, so ergiebt sich aus diesem Allen, daß sie nur dann Aussicht haben könnten, zu einem Theil der Erbschaft zu gelangen, wenn das französische Recht irgendwie für sie normgebend wäre. Da dies aber nach den Ausführungen unter № 1 nicht der Fall ist, so bedurfte es eines weiteren Eingehens auf dessen Satzungen nicht.

Daß endlich mit vorstehenden Ausführungen auch die Principalintervention des Arndt beseitigt wird, ist von selbst klar.

---

21. Lübeck.

In Strafsachen wider **H. F. W. Rathmann** aus Lübeck, wegen Diebstahls.

Das Ober-Appellations-Gericht verwarf unterm 9. März 1869 die erhobene Nichtigkeitsbeschwerde, in Erwägung:

„daß dieselbe

1) darauf gegründet wird, daß der Angeklagte sich nicht eines Diebstahls, sondern nur einer ersten Unterschlagung zum Betrage von 20 ß schuldig gemacht habe, für deren Bestrafung die Polizei zuständig sei, und daher das Obergericht die gesetzlichen Bestimmungen über seine Competenz verletzt habe, so wie

2) daß die erkannte Zuchthausstrafe, weil nur eine erste Unterschlagung vorliege, ihrer Gattung nach, dem auf die That anwendbaren Gesetze nicht entspreche;

daß jedoch die That des Angeschuldigten von den vorigen Richtern mit vollem Rechte als Diebstahl behandelt ist, indem der Angeklagte nach § 189 des Strafgesetzbuchs nur in dem Falle einer Unterschlagung sich schuldig gemacht haben würde, wenn der factische Besitz oder Gewahrsam der ganzen in dem Eisenbahn-Waggon № 801 verladenen Partie Kartoffeln ihm von dem Eigenthümer übertragen worden wäre, nun aber, was die Thatfrage betrifft, durch die Entscheidung des Obergerichts unanfechtbar feststeht, daß der Arbeitsmann Schuldt, welcher den Inculpaten zu Hülfe genommen hat, von dem Eigenthümer der Kartoffeln nur beauftragt war, von der ganzen Partie die für den Wirth Richartz bestimmten 25 Säcke abzunehmen, und daß der Angeschuldigte mit seinem Genossen nicht von diesen 25 Säcken, sondern erst nachdem diese bereits abgefahren waren, von den noch im Wagen befindlichen Kartoffeln widerrechtlich 4 Säcke voll eingefüllt und sich angeeignet hat, nach dem solchergestalt feststehenden

Thatbestande aber sich die rechtliche Folgerung, daß die genommenen Kartoffeln sich vorher nicht im Gewahrsam des Angeschuldigten befunden haben, von selbst ergiebt."

Bremen. 22.

Roziczka & Umgelter zu Brünn, Kläger, wider **Sendel & Hagens** zu Bremen, Beklagte, einen Handel über Malz betreffend.

---

1) In Bremen ist weder durch die Handelsgerichts-Ordnung von 1845, noch durch die Verordnung über das mündliche Verfahren vom 27. Juni 1864 an den für die Einwendung der Appellation an das Ober-Appellations-Gericht vorgeschriebenen Förmlichkeiten etwas geändert worden. Danach ist es nicht wesentlich, daß die mit der Einwendung zu verbindende Vorladung des Gegners auf die nächste Sitzung des Obergerichtes oder einen andern innerhalb bestimmter Frist liegenden Termin gerichtet werde.

2) Anwendung der Untersuchungs- und Anzeigepflicht des Käufers (Art. 347 des Hdlsgesbb.) auf den Fall, wenn die Waare successiv in Abtheilungen geschickt wird, sowie wenn die Lieferung an einem dritten Ort erfolgt, um dort gleich weiter verladen zu werden.

3) Den Beweis, daß eine besondere Eigenschaft der Waare zugesagt, z. B. daß nach Probe gekauft worden sei, hat der sich darauf berufende Käufer zu führen.

4) Ist es streitig, ob die gelieferte Waare die vertragsmäßige Beschaffenheit habe, so trifft den Verkäufer die Beweislast, wenn der Käufer die Waare zeitig zur Disposition gestellt hat, den Käufer dagegen, wenn er sie entweder empfangen, oder doch aufgenommen und ohne genügende Constatirung ihrer Beschaffenheit darüber verfügt hat, und dann Preisminderung beansprucht.

Rechtsfall. Sendel & Hagens in Bremen bestellten im Februar 1868 bei Noziczka & Umgelter in Brünn, durch deren Bremischen Agenten Jul. Pfeiffer, eine Partie von 60 Last Malz, nachdem ihnen der Associé der Letzteren, Umgelter, kurz vorher bei einem Besuch in Hamburg Malz ihrer Brünner Fabrik offerirt und eine Probe davon zurückgelassen hatte. Das Malz, dessen Preis auf 130 ℛ︁ Gold pr. Last vereinbart war, und welches die Käufer zur Versendung nach Lissabon bestimmt hatten, sollte bis zum 12. März nach Geestemünde geliefert werden, um von da durch F. Bosse in Bremerhaven, den Agenten der Käufer, in das Schiff „Christine Henriette" verladen zu werden. Noziczka & Umgelter sandten die bemerkte Quantität Malz in drei Partien (mit je einer Factura) ab, welche successiv in den Tagen vom 6. bis 12. März in Geestemünde ankamen. F. Bosse ließ hierauf aus mehreren Säcken Proben ziehen, sandte diese nach Bremen und begann sodann mit der Verladung des Malzes in das genannte Schiff. Sendel & Hagens empfingen die gezogenen Proben am Abend des 13. März und meldeten sofort an Jul. Pfeiffer, daß sie dieselben nicht gut befänden. Eine am folgenden Tage im Beisein von Jul. Pfeiffer vorgenommene nähere Untersuchung veranlaßte Sendel & Hagens, die Waare als nicht probemäßig zu beanstanden. Auf Vorschlag eines von Noziczka & Umgelter bestellten Bremischen Anwaltes wurde einige Tage nachher auch noch die Waare selbst in Geestemünde durch einen Sachverständigen besichtigt; obwohl dessen Urtheil ziemlich günstig für die Waare ausfiel, gaben Sendel & Hagens ihre Beanstandung nicht auf und bezahlten unter Protest nur einen Theil des Kaufpreises. Noziczka & Umgelter klagten noch im März beim Handelsgericht in Bremen auf Bezahlung des Restes, wobei sie anführten, die Beklagten hätten die ganze Partie, nachdem ihr Vertreter F. Bosse sie empfangen und Probe davon genommen gehabt, in das Schiff „Christine Henriette" verladen lassen. Die Beklagten wandten ein: sie hätten nach Probe gekauft, die Waare sei aber nach Ausweis

der am 14. März angestellten Untersuchung stark abgefallen indem sie mit schimmeligen Körnern und ausgewachsenen Graskörnern stark versetzt sei; das Malz sei nicht einmal eine Waare mittlerer Qualität. Da der klägerische Agent keine Caution für entstehendes Liegegeld habe übernehmen wollen, so sei den Beklagten nichts übrig geblieben, als das Schiff einige Tage später absegeln zu lassen. Da die Kläger gewußt, daß die Waare zur Verladung in das Schiff bestimmt gewesen, so seien die Beklagten noch jetzt berechtigt, das Malz bei dessen Ankunft in Lissabon zur Disposition zu stellen. Eventuell verlangten sie einen Abzug von 30 ℳ pr. Last, und danach hätten die Kläger nichts mehr zu fordern. Die Kläger bestritten, daß nach Probe verkauft sei, und beharrten dabei, daß Beklagte die Waare durch das Abholen von Geestemünde und das Verladen in das Schiff empfangen hätten. Die erst am 13. März dem klägerischen Agenten gemachte Anzeige von der Beanstandung der Waare sei mindestens hinsichtlich der ersten und zweiten Theilsendung eine verspätete. Uebrigens sei die Beanstandung auch grundlos, da das Vorkommen einzelner schlechter Körner bei der Fabrication unvermeidlich sei. Eventuell werde behauptet, daß die Waare der Probe entspreche.

1) Das Handelsgericht

verwarf in seinem Erkenntniß vom 6. April 1868 die Replik, daß durch die Verladung des Malzes nach Lissabon dasselbe als contract- oder gesetzmäßig anerkannt worden sei; ebenso die Replik, daß Untersuchung und Anzeige verspätet seien. Sodann ließ es den Beklagten den Beweis nach:

daß der hier fragliche Handel nach Probe geschlossen sei und die gelieferte Waare der Probe nicht entspreche, sondern von derselben abfalle, mit schimmeligen Körnern und ausgewachsenen Graskörnern versetzt sei,

oder

daß die gelieferte Waare nicht einmal Malz mittlerer Qualität sei;

und in dem einen oder andern Falle,

daß der Minderwerth der gelieferten Waare im Verhältniß zu der in der Probe dargestellten Waare oder einer Waare mittlerer Qualität 30 ₰ pr. Last oder wie viel weniger betrage.

In den Entscheidungsgründen wurde ausgeführt, die Verladung der Waare nach Lissabon, welche den Klägern vorher bekannt gewesen, enthalte keine Disposition, wodurch die Beklagten ihren Ansprüchen präjudicirt hätten, da es genügt haben würde, wenn die Waare erst im Bestimmungsort Lissabon einer Untersuchung unterzogen worden wäre.

Erk. des O.-A.-Ger. in der Brem. S. Große c. Otten. Febr. 1859. (Brem. Samml. Bd. 4. S. 254 f.)

Die successiv erfolgten einzelnen Lieferungen seien als eine einzige anzusehen, indem nur ein Vertrag zu Grunde liege. Beklagte hätten daher ihre Anzeige bis zur letzten Lieferung, mit welcher der Contract erst erfüllt sei, verschieben dürfen; die Pflicht, bei jeder einzelnen Theilsendung unter dem Präjudiz des Art. 347 des Hdlsgesƭb. zu reclamiren, sei nirgends vorgeschrieben und würde dem Geist des Handelsgesetzbuches widersprechen. Was die Beweislast betreffe, so müßten, wenn die Beklagten die Waare hätten zur Disposition stellen können, die Kläger den Beweis übernehmen, daß der Handel nicht nach Probe geschlossen sei, oder daß die gelieferte Waare der Probe entspreche. Allein in allen Fällen, wo das beklagtische Vorbringen darauf ausgehe, den Vertrag wieder aufzuheben oder Schadensansprüche geltend zu machen, treffe die Beweislast den Beklagten, womit auch die Bremische Praxis übereinstimme. Auch die theilweise Bezahlung im vorliegenden Falle ändere daran nichts, zumal da dieselbe nicht auf einen bestimmt erkennbaren Theil der Waare geleistet sei.

Auf Appellation beider Parteien wurde diese Entscheidung

2) vom Obergericht

durch Erkenntniß vom 25. Juni 1868 bestätigt. In den Gründen wurde hinsichtlich der Anwendung des Art. 347 des

Hdlsgesżb. dem Handelsgericht im Wesentlichen beigepflichtet, und noch auf die Commissionsprotokolle zum Entwurf des Handelsgesetzbuches Sitz. 72 S. 647 verwiesen. Wenn auch nicht aus den Acten erhelle, daß den Klägern gerade die Versendung nach Lissabon vorher bekannt gewesen sei, so hätten sie doch gewußt, daß die Waare nicht in Bremen zur Verwendung kommen, vielmehr unmittelbar nach ihrer Ankunft in Geestemünde in ein Seeschiff verladen werden solle. Auch wenn aber die Beklagten verpflichtet gewesen wären, sofort in Geestemünde die Waare zu untersuchen und Anzeige von dem Befund zu machen, hätten sie sich keiner Versäumniß schuldig gemacht. Denn der beklagtische Agent in Bremerhaven habe doch immer erst Kunde von dem jedesmaligen Eintreffen des Malzes haben und von der Beschaffenheit der Waare wieder Mittheilung nach Bremen machen müssen, ehe die Beklagten überall im Stande gewesen seien, ihrerseits einen Entschluß zu fassen. Fast die Hälfte des Malzes sei aber am 10. März und der letzte Rest erst am 12. März in Geestemünde angelangt, die Anzeige vom 13. März daher zeitig genug gewesen. Es möge immerhin Fälle geben, wo bei einer zu liefernden größeren Quantität, weil contractlich die einzelnen Sendungen in erheblichen Zwischenräumen zu beschaffen seien, dem Käufer nach Analogie des Art. 347 und vermöge der in Handelsgeschäften vorzugsweise zu prästirenden bona fides obliege, schon nach dem Eintreffen solcher Theillieferungen die Waare zu untersuchen. Jedenfalls liege hier die Sache nicht so; hier seien die Sendungen so rasch auf einander gefolgt und hätten verabredungsgemäß so rasch folgen müssen, daß es den Beklagten an jeder Veranlassung gefehlt habe, gleich nach Ankunft der ersten oder zweiten Sendung eine Untersuchung anzustellen; die Anzeige davon würde doch erst nach Abgang der letzten Partie von Brünn (4. März) an die Kläger gelangt sein. — Ein Theil der beklagtischen Beschwerden sei erledigt, weil die Beklagten nunmehr erklärt hätten, die Befugniß zur Dispositionsstellung nicht weiter in Anspruch nehmen zu wollen. Die übrigen

Beschwerden seien lediglich gegen die Vertheilung der Beweislast gerichtet; in dieser Hinsicht genüge aber eine Verweisung auf die handelsgerichtlichen Gründe.

Auf die weitere Appellation beider Theile erkannte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 13. März 1869 ebenfalls bestätigend, aus folgenden Gründen.

Anlangend

I. die Appellation der Kläger, und zwar

A. deren Formalien, so waren dieselben für gewahrt zu achten.

Der Anwalt der Kläger hat gegen das Erkenntniß des Obergerichts vom 25. Juni 1868 am 9. Juli, also rechtzeitig, Appellation eingewandt und zugleich die Appellaten zu einem Termin vor das Obergericht zur Benachrichtigung desselben von der Appellation geladen, insofern also dem § 609 der Bremischen Gerichts-Ordnung genügt. Zwar geht diese Ladung auf den 3. September, als die nächste ordentliche Sitzung des Obergerichts für Rechtsmittel, und, von der Ansicht ausgehend, daß nach § 81 der Gerichts-Ordnung zu der ersten Ferien-Sitzung des Obergerichts hätte geladen werden müssen, hat der Anwalt am 16. Juli eine neue Ladung zum 29. Juli verfügt, und für den Fall, daß diese Ladung bei Vermeidung der Desertion schon mit der Einwendung der Appellation hätte verbunden werden müssen, Namens seiner Partei wegen seines Verschuldens um Restitution nachgesucht. Allein es bedurfte dieser Restitution nicht, indem die Voraussetzung des Anwalts, daß die mit der Appellationseinwendung zu verbindende Ladung nothwendig auf die nächste Sitzung des Obergerichts hätte geschehen müssen, in der Bremischen Gesetzgebung keinen Anhalt findet. Die neueren Gesetze,

Handelsger.-Ordn. von 1845 § 55, 57 u. 58,

Verordn., das mündl. Verfahren betr., v. 27. Juni 1864 § 27 u. 31,

haben allerdings solche bestimmt begrenzte Ladungen für die Einführung der an das Obergericht gehenden Rechtsmittel vorgeschrieben und bei eben diesen Rechtsmitteln die

besondere Ladung vor den judex a quo zu dessen Benachrichtigung ganz beseitigt. Dagegen gilt in Betreff der Einwendung der Berufung an das Ober-Appellations-Gericht noch unverändert die Gerichts-Ordnung von 1820, und diese bedroht im § 486 zwar die Vernachlässigung der für die Einwendung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Form mit dem Verlust derselben, enthält dagegen weder in dem Abschnitt von den Rechtsmitteln (§ 508 u. 609), noch in dem allgemeinen Abschnitte von den Ladungen (§ 117—119) eine Andeutung, daß die Wirksamkeit der Ladung von einem bestimmten Termine abhänge, wie denn ja auch dem Appellanten durch die zur Einführung seines Rechtsmittels nothwendige Auswirkung des Decrets loco apostolorum von selbst eine äußerste Grenze gezogen ist. Eben deßhalb ist der § 81 der Gerichts-Ordnung nur dahin aufzufassen, daß zur nothwendigen Notificirung der Rechtsmittel ein Gerichtstag auch in den Ferien bestimmt sei.

Bewirkte sonach die Einwendung der Appellation dadurch, daß zugleich erst auf den 3. Septbr. geladen ward, keine Desertion des Rechtsmittels, so mußte es den Klägern auch noch freistehen, später so, wie geschehen, dieselbe, unter Beobachtung der Ladungsfrist, zum 29. Juli citiren zu lassen.

Dagegen mußte die Appellation

B. als unbegründet verworfen werden.

1) Es unterliegt nach Inhalt der Acten keinem Zweifel, daß, wie die vorigen Richter angenommen haben, die Parteien beim Abschluß des Handels darüber einverstanden gewesen sind, daß das von den Klägern zu liefernde und von Brünn franco Geestemünde abzusendende Malz bei seiner Ankunft sofort von den Eisenbahn-Waggons in das zu dessen Verschiffung bereit liegende Schiff „Christine Henriette" übergeladen werden sollte, die Kläger also in dieses Schiff als Lagerraum der Beklagten zu liefern hatten. Dies ergiebt nämlich zunächst schon das Schreiben der Kläger vom 22. Februar 1868, insofern sie darin den Beklagten melden, daß die erste Partie Malz zu Anfang der nächsten Woche an Herrn

F. Bosse in Bremerhaven (den Agenten oder Spediteur der Beklagten) „für das Schiff Christine Henriette" werde verladen werden, und die anderen Partien rasch folgen würden, damit bis zum 12. März das ganze Quantum zur Einladung bereit sei. Und es ist daher eine kaum begreifliche Behauptung der Kläger, daß dieser Brief darüber nichts besage. Demselben entsprechend lauten aber auch die sämmtlichen den Beklagten gesandten drei Facturen übereinstimmend:

„Senden an F. Bosse in Bremerhaven für das Schiff „Christine Henriette, — — — ladend in Geestemünde."

Mag daher immerhin, wie die Kläger meinen, die gleichlautende Angabe in den Frachtbriefen nur den Zweck gehabt haben, dem Spediteur der Beklagten und den Bahnbeamten in Geestemünde von der Bestimmung der Waare Nachricht zu geben, so ändert das in der Sache doch nichts.

Sonach haben die Beklagten im gegenwärtigen Falle Alles gethan, was nach dem Art. 347 des Handelgesetzbuchs ihnen oblag, wenn sie, als die Waare (successiv vom 6. bis zum 12. März) in Geestemünde eintraf, vor Verladung derselben in das Schiff Proben ziehen ließen, und als sie solche am Abend des 13. März in Bremen erhalten und nicht contractmäßig befunden hatten, sofort dem dortigen Agenten der Kläger davon Anzeige machten; und folglich stellen sich die drei ersten Beschwerden der Kläger als durchaus grundlos dar.

a) Von einem kaufmännischen Empfange, welcher, wie die erste Beschwerde voraussetzt, stattgefunden haben und die Beklagten von jeglicher Beanstandung der Waare ausschließen soll, kann nämlich nach dem Obigen gar keine Rede sein. Denn wenn auch der Spediteur oder Agent der Beklagten, wie diese in der Duplik selbst angeben, die Waare vor ihrer Verschiffung untersucht hat, so liegt, da er es nur gethan hat, um den Beklagten Proben zu übersenden, in der darauf erfolgten Verschiffung der Waare überall keine, jedenfalls keine den Beklagten präjudizirende Billigung der Waare.

b) Die zweite Beschwerde bedarf nur insofern einer Widerlegung, als sie auf der Ansicht beruht, daß die Beklagten verpflichtet gewesen seien, sofort nach Ankunft der einzelnen Partien Malz in Geestemünde und ohne den Rest abzuwarten, den Agenten der Kläger von der angeblichen Mangelhaftigkeit Anzeige zu machen. Es kann aber um so mehr auf die ausreichende Widerlegung, welche sie bereits durch die vorigen Gerichte gefunden hat, verwiesen werden, als die Kläger in gegenwärtiger Instanz nichts dawider vorgebracht haben, als die völlig irrelevante Bemerkung, daß die Lieferung eine theilbare gewesen sei.

c) Der mittelst der dritten Beschwerde eventuell verlangten Auflage an die Beklagten, sich darüber zu erklären, wann die einzelnen Partien Malz in Geestemünde eingetroffen und empfangen seien, bedarf es nicht, weil die Beklagten durch die Bezugnahme auf die amtlichen Vermerke auf den zu den Acten gebrachten Frachtbriefen, welche die Tage der Ankunft jeder einzelnen Partie genau bezeichnen, diese Erklärung bereits abgegeben haben.

Ebenso grundlos, wie die bisher berührten, ist

2) die vierte Beschwerde darüber, daß den Beklagten noch der Beweis des Verkaufs nach Probe nachgelassen sei. In der That könnte eher in Frage kommen, ob, da die Kläger einräumen, daß ihr Gesellschafter Umgelter bei der mündlichen Verhandlung über das abzuschließende Geschäft den Beklagten eine Probe des ihnen angestellten Malzes vorgelegt und belassen habe, nicht schon dadurch ein Handel nach Probe in genügender Maaße erwiesen sei.

Heise und Cropp, Jurist. Abhandl. I. S. 209.
vgl. v. Hahn, Commentar zum H.-G.-B. II. S. 198 § 4.

Keinenfalls aber ist, bei der bestimmten Behauptung der Beklagten, Umgelter habe bei Einhändigung der Probe versprochen, streng nach derselben zu liefern, der Brief der Kläger vom 22. Februar [16] für sich allein geeignet, den Gegenbeweis dieser Behauptung bloß deßhalb zu liefern, weil darin nicht ausdrücklich bemerkt ist, es sei nach Probe verkauft.

Was sodann

II. die Appellation der Beklagten betrifft, so stellen sich

A. die erste und zweite Beschwerde, insoweit sie dahin gerichtet sind, daß ihnen der Beweis des von ihnen behaupteten Kaufs nach Probe, und nicht vielmehr den Klägern der Beweis des Gegentheils auferlegt sei, sofort als unbegründet dar. Denn insofern nach dem oben Bemerkten ein Beweis hierüber überall noch erforderlich ist, trifft ohne Zweifel die Beklagten die Beweislast, da sie den Anspruch auf Preisminderung ihrerseits auf die nicht gehörige Erfüllung eines von ihnen behaupteten, von den Klägern aber geleugneten Contracts (Kauf nach Probe) gründen. Gleichermaßen kann auch

B. die Grundlosigkeit der vierten und fünften Beschwerde keinem Bedenken unterliegen. Denn ist erwiesen, daß das gelieferte Malz nicht probegemäß oder nicht Waare mittlerer Qualität gewesen sei, so liegt es jedenfalls ihnen, den Beklagten, ob, den ferneren Beweis zu liefern, daß die Waare wegen ihrer Mangelhaftigkeit den von ihnen behaupteten Minderwerth von 30 ℳ pr. Last oder wie viel weniger gehabt habe. Endlich

C. war aber das vorige Erkenntniß auch, insofern es, worauf sich Grav. 1 bis 3 beziehen, den Beklagten den Beweis auferlegt hat, daß die Waare keine probemäßige und nicht einmal Waare mittlerer Qualität gewesen sei, zu bestätigen.

Das Ober-Appellations-Gericht hat in den Fällen, wo eine gekaufte Waare wegen contractwidriger Beschaffenheit vom Käufer dem Verkäufer zur Disposition gestellt war, die Beweislast über die Beschaffenheit der Waare früher wiederholt danach geregelt, je nachdem der Käufer Kläger oder Beklagter sei, in seiner neuesten Entscheidung jedoch diesen processualischen Standpunkt verlassen und sich vielmehr in dem von den Beklagten citirten Präjudicate dahin entschieden, daß in allen Fällen dieser Art dem Verkäufer obliege zu beweisen, daß die verkaufte Waare eine contractmäßige sei.

Thormann & Co. c. Goldschmidt Söhne 1862 (Samml. der Entscheidungen in Frankf. Rechtssachen VI. S. 437).

Allein anders liegt die Sache, wenn der Käufer die Waare dem Verkäufer nicht zur Disposition gestellt, sondern sie, obgleich nicht im rechtlichen Sinne angenommen — wo sich seine Beweispflichtigkeit von selbst versteht — aber doch aufgenommen und, ohne ihre Beschaffenheit in genügender Weise constatiren zu lassen, über dieselbe durch Verschiffung oder in anderer Weise disponirt hat, und nun wegen Mangelhaftigkeit der Waare auf Grund des Contracts eine Minderung des Kaufpreises beansprucht: welcher Fall hier vorliegt, indem die Beklagten die Anfangs beanspruchte Dispositionsstellung aufgegeben haben.

Wenn in Fällen dieser Art die Bremische Praxis dem Käufer die Beweislast zutheilt,

s. auch Maxen über Beweislast, Einreden und Exceptionen S. 164 f., Strietborst, Archiv für Rechtsfälle, Bd. 42 S. 225,

so konnte diese Praxis nur gebilligt werden.

Hamburg. 23.

A. F. Harms zu Hamburg, propr. et uxor. nom. Kläger, wider C. Willigmann daselbst, Beklagten, wegen Injürien.

Zu dieser im Uebrigen juristisch nicht interessirenden Injuriensache genügt es, aus den Entscheidungsgründen zum Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntnisse vom 16. März 1869 nachstehende Sätze hervorzuheben:

In der Sache selbst steht in gegenwärtiger Instanz nur noch die uxorio nomine erhobene Klage in Frage, und muß die erste Beschwerde des Klägers: daß nicht ausgesprochen worden, er solle sich zunächst darüber erklären, ob und inwiefern er sich rücksichtlich dieser Klage des Beweismittels der Eidesdelation bedienen wolle, für begründet er-

achtet werden. Die Eventualmaxime verstattet die gleichzeitige Instruirung des Klag- und des Einredenbeweises; und wo diese gleichzeitige Instruirung dahin führt, daß die Einrede bereits vollständig erwiesen erscheint, während es bezüglich des Klagbeweises noch auf einen Eid ankommt, da darf und muß von diesem letzteren abstrahirt und alsbald auf Grund der erwiesenen Einrede die Klagabweisung ausgesprochen werden — wie dies vom Gerichte erster Instanz von seinem Standpunkte aus vollkommen richtiger Weise geschehen ist. — Wenn dagegen durch die Beweisführung ein definitives Resultat weder in Beziehung auf die Klage noch in Beziehung auf die Einrede erreicht ist, es vielmehr hier wie dort noch auf einen Eid ankommt, und von gleichzeitiger Ableistung beider Eide nicht die Rede sein kann, so tritt die natürliche Regel in Kraft, daß zunächst über die Klage zu schwören ist, dann erst, soweit es überhaupt noch erforderlich wird, über die nur eventuell in Betracht kommende Einrede. Eine Abweichung von dieser Reihenfolge kann nur da gestattet sein, wo evidente Gründe processualischer Zweckmäßigkeit sie fordern und ein berechtigtes Parteiinteresse nicht entgegensteht. Gründe der ersteren Art sind vorliegend nicht ersichtlich, und ein sehr erhebliches Interesse für Innehaltung der richtigen Ordnung hat Kläger dargelegt, ohne daß demselben beklagtischerseits widersprochen worden wäre.

---

24. Hamburg.

Siegmund Kaufmann zu Hamburg, Kläger, wider **Ruben Goldzieher** daselbst, Beklagten, Injurien betreffend.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte unter dem 22. März 1869 ein Erkenntniß des Obergerichts vom 4. November 1868, welches den Beklagten wegen

herber Injurien zu einer Satisfactionssumme von Bco. ℳ 2000. verurtheilt hatte (das Erkenntniß erster Instanz ging nur auf Zahlung von Crt. ℳ 1000.), und zwar in Erwägung:

daß, die Schwere der vom Beklagten gegen den Kläger ausgestoßenen Injurien anlangend, ein sehr hoher Grad derselben anzunehmen ist, indem der Beklagte mehrerer der entehrendsten Schimpfworte zu wiederholten Malen gegen den Kläger sich bedient, ihn des Betruges bezüchtigt und allgemein einen Betrüger genannt, auch bei dem am 9. Novbr. 1866 an der Börse stattgehabten Vorgange schließlich ausgesprochen hat, es gebe weder unter Christen noch unter Juden ein schlechteres Subject als den Kläger;

daß der Beschuldigung, Kläger sei ein Betrüger, eine besondere Schwere auch deßhalb beizulegen ist, weil der Beklagte geraume Zeit nach dem 9. Novbr., am 10. Decbr., als er in der Lage war, sich über das dem Kläger zugefügte Unrecht zu verantworten und es, so weit wie möglich, wieder gut zu machen, dieselbe wiederholt hat, worin nicht etwa ein einigermaßen mild zu beurtheilender Exceß in der Vertheidigung, sondern eine neue Injurie erblickt werden muß;

daß die injurieusen Aeußerungen des Beklagten an der Börse zur Börsenzeit und resp. auf der Prätur, also an Orten gemacht worden sind, wo viele Personen gegenwärtig waren, und daß insbesondere der an der Börse stattgehabte Vorgang dem Beklagten deßhalb schwer anzurechnen ist, weil in Betracht des Zweckes, zu welchem die Kaufmannschaft sich dort versammelt, der gegen den Kläger ausgesprochene Vorwurf des Betruges und gänzlicher Ehrlosigkeit für diesen besonders verletzlich sein mußte und in seinen Folgen nachtheilig werden konnte;

daß entschuldigende Momente zu Gunsten des Beklagten nicht vorliegen, indem derselbe den ihm nachgelassenen Beweis klägerischer Provocation, und resp. Retorsion, sowie eines vom Kläger in Beziehung zu der Familie der Ehefrau des Beklagten begangenen Unrechts, welchen er führen zu wollen erklärt hatte, aufgegeben hat, auch der von ihm geltend

gemachte Umstand, daß der Kläger zu einer früheren Zeit mit seinen Gläubigern einen Accord zu 12½ % geschlossen habe, gar nichts zur Milderung des beklagtischen Unrechts beiträgt;

daß hiernach die beklagtische Appellation, welche eine bedeutende Herabsetzung der dem Kläger vom Obergericht zugesprochenen Satisfactionssumme von Bco. ℔ 2000. zum Zwecke hatte, als grundlos sich darstellt, andererseits aber auch in Berücksichtigung des bei der Bestimmung von Satisfactionssummen in hamburgischen Injuriensachen bisher zur Anerkennung gebrachten Maßes,

vgl. Jonas c. Menck, Mai 1867 (Samml. III. 271),
Seele & Rettmeier c. Dirks, Decbr. 1866 (Kierulff I. 927),
Castagne c. Marr, Octbr. 1867 (ders. II. S. 758),

keine Veranlassung dazu vorliegt, über jenes vom Obergericht bestimmte Maß hinaus zu gehen.

---

25. Lübeck.

Johann Adolph Philipp Lampe zu Lübeck, Kläger, wider den Senator Dr. Heinrich Brehmer, Beklagten, Zeugschaftsleistung betreffend.

1) Die Pflicht zur Ablegung eines Zeugnisses in bürgerlichen Rechtssachen erstreckt sich auch auf öffentliche Beamte, und nur insoweit sind sie davon befreit, als die Wahrnehmungen, worüber sie aussagen sollen, den Gegenstand eines Amtsgeheimnisses für sie bilden.*)

2) Darüber, ob ein solcher Ausnahmsfall vorliege, haben die Gerichte zu entscheiden, während eine etwaige Dispensation von wirklich vorhandener Geheimhaltungspflicht der Dienstbehörde zusteht.

*) Für Criminalsachen ist derselbe Satz anerkannt in der Lübeckischen Straf-Proceß-Ordnung von 1862 § 86, 87 sub 2.

3) Der zum Zeugen aufgerufene Beamte hat den geltend gemachten Befreiungsgrund nöthigenfalls dem Gericht zu bescheinigen.

Rechtsfall. Als auf ein von den Aeltesten des vormaligen Amtes der Fastbäcker zu Lübeck im April 1867 ausgebrachtes Proclam J. A. Ph. Lampe sich als Amtsmitglied gemeldet hatte, wurde ihm zwar zugestanden, daß er 1848 Mitglied des Amtes geworden sei, jedoch vorgeschützt, er habe dadurch, daß er im December 1860 seine Bäckereigerechtigkeit auf 15 Jahre verpachtet habe, die Mitgliedschaft wieder verloren, indem diese nur demjenigen zukomme, welcher nicht bloß ein Backhaus besitze, sondern zugleich in demselben die Bäckerei selber practisch betreibe. Da Lampe dies bestritt, so wurde den Extrahenten des Proclams der Beweis auferlegt,

> daß Profitent dadurch, daß er im Jahre 1860 sein Backhaus an — — vermiethet, nach dem bei dem hiesigen Amte der Bäcker gültigen Rechte aufgehört habe, Mitglied des genannten Amtes zu sein.

In seiner Gegenbeweisantretung benannte Lampe unter mehreren bei der früheren Wette angestellt gewesenen Beamten auch den Senator Dr. Brehmer als Zeugen und Sachverständigen. Die Gegner bestritten die Zulassung der so vorgeschlagenen Personen als Sachverständiger, und das Stadt- und Landgericht erkannte auf ihre Vernehmung nur als sachverständiger Zeugen. Senator Dr. Brehmer weigerte sich jedoch des Zeugnisses, theils weil er Gefahr laufen könne, daß sein Gedächtniß in Widerspruch mit den amtlichen Protokollen komme, theils weil die Möglichkeit sei, daß er dereinst, da der Anspruch Lampe's an das zu vertheilende Vermögen des Bäckeramtes auf der Mitgliedschaft beruhe, als jetziger Präses des Stadtamts in der Sache zu entscheiden haben werde. Nachdem auch ein Versuch, vom Stadtamt schriftliche Auskunft über den Beweissatz zu erlangen, ohne Erfolg geblieben war, stellte Lampe, vom Gericht hierzu verwiesen, eine selbst-

ständige Klage gegen den Senator Dr. Brehmer an. Letzterer wandte ein, daß er als Sachverständiger in keinem Fall zu einer Aussage gezwungen werden könne, wenn es sich aber auch nur um ein Zeugniß handeln sollte, vermöge seines früher als Wette-Actuar und später als Senator geleisteten Eides über alle Thatsachen und Verhältnisse, die ihm in jenen Stellungen zur Kenntniß gelangten, Verschwiegenheit zu beobachten habe, Kläger daher die Entbindung von diesem Amtseid vorerst beim Senat auszuwirken haben würde.

1) Das Stadt- und Landgericht

erkannte unter dem 8. Mai 1868 den Beklagten schuldig, in der fraglichen Proceßsache des Klägers sich als Zeuge vernehmen zu lassen. In den Gründen wurde zunächst hervorgehoben, daß Beklagter seine amtlichen Wahrnehmungen und Erfahrungen über die angeblich beim Bäckeramt stattgehabte Gewohnheit und Rechtsübung bezeugen solle, also nicht als Sachverständiger, sondern als Zeuge aufgerufen sei. Der von ihm geleistete Amtseid könne aber offenbar die behauptete Ausdehnung nicht gehabt haben; vielmehr falle die dem Beamten obliegende Verschwiegenheit bei denjenigen Gegenständen weg, die ihrer Natur nach keine Geheimhaltung forderten,

vgl. Bluntschli, Staatsr., S. 433,
Zachariä, Staats- u. Bundesr., 2. Aufl. § 137 sub II,

und eine andere Auslegung könne auch der von den Senatsmitgliedern früher so wie jetzt auf Grund von § 17 der Verfassung vom 29. December 1851 geschworene Eid nicht beanspruchen. Soweit aber die Amtsverschwiegenheit nicht entgegenstehe, nehme das gemeine Recht weder die Justiz- noch die Regierungsbeamten von der Pflicht zum Zeugniß aus,

vgl. z. B. Schmid, Hdb. des Civilproc., § 133, 136,
Wetzel, System, § 23,
Bayer, Vorträge, (ed. 8) S. 796,

weise dieselben vielmehr, weil sie oft gerade die beste Auskunft zu ertheilen im Stande seien, zur Bereitwilligkeit in dieser Hinsicht an. Solle nun Beklagter nur seine Wahr-

nehmungen über eine gewohnheitsrechtliche Observanz, die beim Bäckeramt angeblich bestanden habe, mittheilen, so sei nicht einzusehen, wie hiedurch berechtigte Interessen des Gemeinwesens oder eines Einzelnen verletzt werden könnten. Zum Behuf wünschenswerther Aufklärung bestrittener Rechte sei dem Beamten nicht nur die Mittheilung allgemeiner Erfahrungssätze, sondern auch einzelner Fälle unbedenklich gestattet, wie denn auch das Stadtamt selbst seine Acten schon wiederholt den Gerichten und streitenden Theilen zur Einsicht anvertraut habe. Auch die Besorgniß, daß Beklagter sich über eine Frage aussprechen solle, welche ihn später als Richter in Anspruch nehmen werde, sei unbegründet, theils weil ein Rechtsgutachten überhaupt nicht gefordert werde, theils weil das Stadtamt gar nicht in die Lage komme, über die zur Competenz des Stadt- und Landgerichts stehende Rechtsfrage einen richterlichen Ausspruch zu thun,

vgl. § 1 u. 11 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 17. December 1860,

Art. 24 des Gewerbegesetzes vom 29. September 1866,

übrigens auch eine solche Collision nicht zur Verweigerung des Zeugnisses, sondern nur zur späteren Enthaltung von der richterlichen Function würde Anlaß geben können. Endlich sei es für jetzt noch nicht Aufgabe, die Gränze zu bezeichnen, innerhalb deren allein zulässige Fragen demnächst an den Beklagten gestellt werden könnten.

Diese Entscheidung wurde

2) vom Obergericht

durch Erkenntniß vom 8. Juli 1868 bestätigt, indem die Gründe der ersten Instanz gebilligt und noch Folgendes bemerkt wurde. Der Eid der Senatoren gebiete nur Verschwiegenheit in dem, was seiner Natur nach, namentlich im Staatsinteresse, Verschwiegenheit erfordere oder was geheim zu halten speciell auferlegt worden sei. Danach sage sich von selbst, daß dem Beklagten hinsichtlich dessen, was nicht inmitten oder im Innern des Senates vor sich gegangen, sondern worüber er als Vorsitzender oder Mitglied einer Ver-

waltungsbehörde Kunde erlangt habe, mindestens keine strengere und ausgedehntere Pflicht zur Verschwiegenheit obliegen könne. Nun sei aber der Gegenstand, worüber das Zeugniß des Beklagten begehrt werde, ein durchaus unverfänglicher und nicht geeignet, die Interessen des Gemeinwesens oder Einzelner zu gefährden. Beklagter habe auch nirgends behauptet, daß der Gegenstand Verschwiegenheit erfordere oder ihm dessen Geheimhaltung speciell geboten worden sei. Die Bedenklichkeit des Beklagten sei denn auch von früheren Collegen desselben nicht getheilt worden, welche, in analogen Fällen zum Zeugniß aufgerufen, solches ohne Anstand abgegeben hätten. Wenn Beklagter durch seinen als Wetteactuar geleisteten Eid sich zur Geheimhaltung aller amtlich zu seiner Kenntniß gelangten Thatsachen verpflichtet glaube, so könne der Eid schwerlich so gelautet haben, weil die Verpflichtung in dieser Allgemeinheit einzuhalten absolut unmöglich sein würde.

Auf weitere Appellation des Beklagten erging

3) beim Ober-Appellations-Gericht

unter dem 22. März 1869 ebenfalls ein bestätigendes Urtheil.

Entscheidungsgründe.

Der Beklagte hat seine Beschwerde voriger Instanz, mittelst welcher er die Abweisung der gegen ihn angestellten Klage verlangte, gegenwärtig wiederholt. Da der Gegenstand derselben seiner Natur nach einer bestimmten Schätzung überall nicht fähig ist, so konnte die Appellabilität der Sache nach § 34 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung vom 17. December 1860 keinem Zweifel unterliegen, weßhalb auf die besondere Bestimmung in § 3 desselben Gesetzes nicht eingegangen zu werden braucht.

In der Sache selbst muß zunächst festgestellt werden, in welcher Eigenschaft der Beklagte zu einer Vernehmung in dem Hauptproceß des Klägers verpflichtet werden soll, ob in der eines Zeugen oder eines Sachverständigen. Der Beweis-

satz, über welchen die Vernehmung des Beklagten verlangt wird, lautet allgemein auf einen Rechtssatz, der observanzmäßig bei den bisherigen Amte der Bäcker gegolten haben soll; und der Kläger benannte in seiner Gegenbeweisantretung neben mehreren Anderen den Beklagten als Zeugen und Sachverständigen, welcher letzteren Eigenschaft auch der eventuelle Antrag des Klägers entsprach, das Stadtamt um schriftliche Aeußerung über den Beweissatz zu ersuchen. Indessen wurden die vorgeschlagenen Personen, nachdem die Proceßgegner des Klägers der Vernehmung derselben als Sachverständiger widersprochen hatten, bereits in dem Stadt- und Landgerichts-Erkenntniß vom 20. December 1867 nur in der Eigenschaft „sachverständiger Zeugen" für zulässig erklärt, und dieser Ausdruck in Uebereinstimmung mit der üblichen Auffassung desselben dahin erklärt, daß es „mit den betreffenden Verhältnissen vertraute Zeugen" seien. Der Kläger hat diese Entscheidung nicht angefochten und bei seinen weiter im Hauptproceß gestellten Anträgen nur von Abhörung des Beklagten als Zeugen gesprochen. Schon hienach mußte angenommen werden, daß der Kläger es aufgegeben habe, den Beklagten als Sachverständigen in Anspruch zu nehmen, vielmehr nur noch ein eigentliches Zeugniß über die als Elemente der streitigen Observanz in Betracht kommenden Thatsachen verlange, hierauf aber wegen der durch persönliche Sachkunde geschärften Beobachtungsgabe des Zeugen besonderen Werth lege. Entscheidend für die jetzige Sachlage ist es jedenfalls, daß ganz diesem Ergebniß entsprechend die gegen den Beklagten in Folge seiner Weigerung angestellte Klage nur anführt, Beklagter sei über den oben bezeichneten Beweisatz „als sachverständiger Zeuge" benannt worden, und nur die Bitte stellt, den Beklagten „zur Ablegung eines Zeugnisses" schuldig zu erkennen, und daß demgemäß auch das Erkenntniß des Stadt- und Landgerichts vom 8. Mai 1868 in den Gründen constatirt, Beklagter sei nicht als Sachverständiger, sondern als Zeuge aufgerufen, und im Decisum ihn nur schuldig erklärt, in dem Hauptproceß des

Klägers „sich als Zeugen vernehmen zu lassen." Es ergiebt sich hieraus, daß die Frage, ob und inwiefern der Beklagte genöthigt werden könnte, die Function eines Sachverständigen zu übernehmen, überall nicht Gegenstand der vorliegenden Klagsache ist und durch deren Entscheidung nicht berührt wird.

Hiervon ausgegangen, konnte die erhobene Beschwerde nicht für begründet erachtet werden. Was

I. die Rechtsfrage betrifft, inwieweit die staatsbürgerliche Verpflichtung zur Ablegung eines Zeugnisses sich auch auf öffentliche Beamte erstrecke, so meint der Beklagte, es werde in den vorigen Erkenntnissen der Satz, daß eine Befreiung von jener Verpflichtung nur aus „gesetzlich anerkannten Gründen" stattfinde, zu unbedingt zu Grunde gelegt, vielmehr müsse auch in diesem Punkte der analogen Anwendung und Ausdehnung der gesetzlichen Bestimmungen Raum gegeben werden. Nun leidet es allerdings keinen Zweifel, daß man bei Begränzung der allgemeinen Zeugnißpflicht nicht auf ausdrückliche Gesetzesvorschriften beschränkt ist, sondern die sonstigen Entscheidungs-Quellen, Gewohnheitsrecht, Gerichtsgebrauch, wissenschaftliche Folgerungen aus bestehenden Rechtssätzen, auch hier ihre gewöhnliche Geltung haben; weßhalb der obige Satz besser dahin auszudrücken ist, daß der allgemeinen Zeugnißpflicht sich nur derjenige entziehen könne, welchem dafür besondere „Rechtsgründe" zur Seite stehen. Die vorigen Instanzen haben sich aber auch, wie ihre gesammte Deduction und die von dem Satz gemachte Anwendung zeigt, keineswegs auf jenen zu engen Standpunkt gestellt, so daß in dieser Beziehung sachlich keine Meinungsverschiedenheit vorliegt.

Aus der Stellung der öffentlichen Beamten nun leitet der Beklagte gegenwärtig selbst nur die Folgerung ab, daß durch die allgemeine Zeugnißpflicht besondere ihr entgegenstehende Dienstpflichten nicht aufgehoben würden und demgemäß Beamte in Ansehung dessen, was sie als solche erfahren haben und geheim zu halten verpflichtet sind, von der Ver-

bindlichkeit zur Zeugnißleistung befreit seien. Die Richtigkeit dieser von den vorigen Instanzen ebenfalls anerkannten Behauptung ist nicht zu bestreiten. Sie ergiebt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß die Pflicht, gewisse bei Ausübung des Amtes erfahrene Dinge als unverbrüchliches Amtsgeheimniß zu bewahren, dem Beamten aus höheren Rücksichten des öffentlichen Wohles auferlegt wird, die nach dem voraussetzlichen Willen der Gesetzgebung ihre überwiegende Geltung auch da behalten, wo ihnen das Interesse für Rechtssachen einzelner Parteien gegenübertritt. Wie dieser Befreiungsgrund zugleich die entschiedene Analogie der Vorschriften über das Beichtgeheimniß der Geistlichen für sich hat, und in vielen Particulargesetzen,

vgl. u. a. Preußische Gerichtsordnung Th. I. Tit. 10 § 108 (wo die Ausnahme, übereinstimmend mit der von Stephen, commentaries, T. III. p. 636 f. bezeugten englischen Doctrin, noch etwas enger dahin gefaßt ist, das Zeugniß könne nur verweigert werden über „Umstände, deren Bekanntwerdung dem Staate nachtheilig sein könnte"),
Badische Proceßordnung von 1831 § 511,
Hannoversche Proc.-Ord. von 1850 § 251,

sowie in dem Entwurf einer Civilproceß-Ordnung für den deutschen Bund von 1866 § 334—336 ausdrücklich bestätigt worden ist, so kann er auch in der gemeinrechtlichen Doctrin als ein unbestrittener bezeichnet werden. Denn wenngleich viele Schriftsteller dieser Ausnahme von der Zeugnißpflicht nicht speciell gedenken, so wird sie doch von anderen ausdrücklich hervorgehoben,

vgl. außer den schon vom Stadt- und Landgericht angeführten Stellen von Zachariä, Bayer u. Wetzell auch noch:
Osterloh, ord. Proc., I. § 153 Not. 21 § 154,
Langenbeck, Beweisführung, S. 477, 511,
Endemann, die Beweislehre, S. 202,

während ein positiver Widerspruch nirgends dagegen vorkommt, und andere Schriftsteller sich nur mit dem allgemeineren Vorbehalt specieller Verschwiegenheitspflichten und der beispielsweisen Anführung des Beichtgeheimnisses begnügen.

v. Wening-Ingenheim, Civilr., III. § 275,
Thibaut, Pand., III. § 1172,
Schneider, v. rechtl. Beweise, § 162.

Auch das Ober-Appellations-Gericht hat den Befreiungsgrund in zwei Frankfurter Sachen,

Forstamt c. Clauer. Febr. 1839,
Polizeiamt ad caus. Groß c. maritum. Novbr. 1841,

ausdrücklich anerkannt.

Ebenso gewiß ist es aber, daß die Ausnahme nicht über den Bereich des Amtsgeheimnisses hinausgeht. Dies folgt daraus, daß den öffentlichen Beamten nicht etwa eine Exemtion von der allgemeinen Zeugnißpflicht verliehen ist, sie vielmehr derselben ausdrücklich mit unterworfen worden sind,

l. 21 § 1 l. 22 D. de testib. (22, 5),

wie dies ohne Zweifel auch im Lüb. Statut Thl. V. Tit. 9 Art. 3 vorausgesetzt wird, und nur die Collision mit der stärkeren Amtspflicht zu der Nothwendigkeit jener Ausnahme führt. Eine weitere Ausdehnung des Befreiungsgrundes hat denn auch weder eine doctrinelle Autorität, noch eine Stütze in particulargesetzlichen Bestimmungen für sich, und das Ober-Appellations-Gericht hat sich bereits in den eben angeführten Frankfurter Sachen bestimmt dagegen erklärt. Die Möglichkeit, auf welche der Beklagte hinweis't, daß die Staatsregierung unter Umständen, z. B. während eines Krieges, auch für einen einzelnen Fall die Ablegung eines Zeugnisses verbieten könne, steht damit nicht in Widerspruch. Denn muß auch unbedenklich zugegeben werden, daß die Staatsgewalt befugt ist, den Beamten in außerordentlichen Zeiten über Dinge Verschwiegenheit zu gebieten, die außerdem nicht geheim gehalten zu werden brauchen, so liegt darin doch nur eine Erweiterung der unter das Amtsgeheimniß fallenden Gegenstände, während die Befreiung von der Zeugnißpflicht immer mit den Gränzen des Amtsgeheimnisses zusammenfällt. Eben so wenig ist in der vom Beklagten angeführten Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Darmstadt von 1833,

Seuffert, Archiv, Bd. 11 № 191,

eine Abweichung von jener Begränzung zu finden, indem

vielmehr nur die Frage, ob das im gegebenen Falle verlangte Zeugniß Gegenstände des Dienstgeheimnisses betreffe, bejahend entschieden und zugleich eine Entbindung des Zeugen von seiner Dienstpflicht für unthunlich erklärt wurde.

II. Es kommt sodann weiter auf die formelle Frage an, in welcher Weise der in einem einzelnen Fall entstandene Streit über die Zeugnißpflicht des Beamten zur Erledigung zu bringen sei. Mit Unrecht geht hier

1) der Beklagte davon aus, die Competenz der Gerichte erstrecke sich nicht weiter, als zu entscheiden, ob der zum Zeugen begehrte Beamte die Wahrnehmungen, worüber er aussagen solle, in seiner amtlichen Eigenschaft gemacht habe; stehe dies fest, so habe allein die Regierungsbehörde zu entscheiden, ob und wieweit der Beamte über seine amtlichen Wahrnehmungen auszusagen ermächtigt sei, weßhalb denn, sobald ein Beamter auf Grund der angelobten Verschwiegenheit sein Zeugniß verweigere, erst ein vom Producenten bei der Regierungsbehörde ausgewirkter Dispens den gerichtlichen Zwang wieder zuläßig mache.

Hier müssen zwei Fälle bestimmter auseinandergehalten werden, der Fall, wo das Zeugniß eines Beamten verlangt wird, ungeachtet zugestanden oder von competenter Seite entschieden ist, daß es sich um Gegenstände eines Amtsgeheimnisses handle, und der andere Fall, wo erst festgestellt werden soll, ob die betreffenden Wahrnehmungen zu denen gehören, die der Zeuge als Beamter zu verschweigen verpflichtet ist. Für den ersten Fall muß allerdings angenommen werden, sowohl daß es Sache der Dienstbehörde und nicht des Proceßgerichtes ist, eine etwaige Dispensation zu ertheilen, wie dies mehrfach, z. B. in der Badischen und Hannoverschen Proceßordnung und dem Bundes-Entwurf a. a. O., anerkannt wird,

vgl. auch Trotsche, Mecklenb. Civilproc. Th. 2 § 124,

als auch, daß die Auswirkung der Dispensation dem Producenten obliegen würde. In dem andern Falle dagegen fehlt es gemeinrechtlich an einem Grunde, die Competenz der

Gerichte in Zweifel zu ziehen, wobei die Streitfrage, ob dem jedesmaligen Proceßgericht oder dem Gericht, wo der Zeuge seinen ordentlichen Gerichtsstand hat, die Entscheidung zukomme, hier dahin gestellt bleiben kann. Ist jeder Staatsbürger, auch der Beamte, auf Begehren einer Partei rechtlich verbunden, sich als Zeuge vernehmen zu lassen, soweit ihm nicht ein besonderer Befreiungsgrund zur Seite steht, so ist es nach den allgemeinen Competenzregeln auch der Richter, welcher zu beurtheilen hat, ob eine in Anspruch genommene Befreiung begründet und erwiesen sei. Damit wird dem Richter hinsichtlich der den Beamten obliegenden Verschwiegenheit keineswegs eine in administrative Functionen überschreitende Befugniß beigelegt. Denn der Richter soll nicht prüfen und feststellen, welche Wahrnehmungen des Beamten sich zur Geheimhaltung eignen und derselben aus Rücksichten des öffentlichen Wohles bedürfen, sondern er soll lediglich untersuchen und entscheiden, ob ein gegebener Beweissatz, worüber Auskunft begehrt wird, in den Kreis derjenigen Gegenstände falle, über welche dem Zeugen durch Gesetz oder Dienstvorschrift Verschwiegenheit auferlegt worden ist. Und dies ist eine reine Thatfrage, deren Ermittelung und Lösung ganz ebenso, wie die anderer factischer Verhältnisse, dem richterlichen Urtheil anheimfällt.

Die Competenz der Gerichte in diesem Punkt ist bisher von den Processualisten, wie sich aus den über den richterlichen Zwang gegen Zeugen angenommenen Sätzen ergiebt, als eine unbestrittene betrachtet, von Einzelnen auch besonders erwähnt worden.

Endemann, Beweislehre, S. 202.

Ebenso wird dieselbe in der

Preuß. Ger.-Ord. Th. I. Tit. 10 § 180 fin. § 181,

Badischen Proc.-O. § 500 – 504,

Bundes-Entw. einer Civilpr.-O. § 334, 337

theils ausdrücklich, theils dadurch anerkannt, daß der Beamte verpflichtet wird, dem Gericht eine Bescheinigung des durch das Amtsgeheimniß begründeten Hindernisses seiner zeugschaft-

lichen Vernehmung zu liefern. Eine Ausnahme macht hier nur die Gesetzgebung Hannovers, indem die

Hannoversche Proc.=O. von 1850 § 251 sub 2,

sobald ein Beamter das Zeugniß mit Berufung auf die ihm obliegende amtliche Verschwiegenheit verweigert, der Dienstbehörde die Entscheidung über den Grund oder Ungrund der Weigerung zuwies, und das spätere Staatsdienstgesetz von 1858 die Dienstbehörde auch von der Pflicht befreite, ihrer Entscheidung Gründe beizufügen.

Vgl Leonhardt, die bürgerl. Proc=O. rc., ed. 3 S. 178 Note 1.

Das Ober=Appellations=Gericht hat sich bereits in der oben angeführten Frankfurter Sache,

Polizeiamt ad caus. Groß c. marit. Novbr. 1841,

bestimmt für die Competenz der Gerichte ausgesprochen, „weil es sich von dem Rechte des Beweisführers, Zeugniß von dem betreffenden Beamten zu verlangen, also von einer privatrechtlichen Frage und wirklichen Justizsache handle," und diese Auffassung muß nach dem Obigen auch jetzt als die gemeinrechtlich richtige erachtet werden. In der abweichenden Bestimmung der Hannoverschen Gesetzgebung ist um so weniger ein Anlaß zum Verlassen derselben zu finden, als diese Abweichung bei der Berathung des deutschen Bundes=Entwurfes von 1864 und 1866 keine Billigung gefunden hat.

2) Es knüpft sich noch die Frage hier an, in welcher Weise dem erkennenden Gericht die nöthigen Materialien zur Entscheidung über die auf das Amtsgeheimniß gestützte Verweigerung eines Zeugnisses zu liefern seien. Da die Zeugnißpflicht im Allgemeinen sich auch auf öffentliche Beamte erstreckt, so bringen es die processualischen Regeln mit sich, daß der zum Zeugen aufgerufene Beamte den behaupteten Befreiungsgrund darzuthun, dem Gericht also die Ueberzeugung zu verschaffen hat, daß die Wahrnehmungen, welche er als Zeuge bekunden soll, den Gegenstand eines Amtsgeheimnisses bilden. Die mehrerwähnten neueren Gesetze und Gesetzentwürfe enthalten besondere Bestimmungen zur Vermeidung einer formellen Beweisführung über diesen Punkt.

Gemeinrechtlich ist wenigstens im Allgemeinen die summarische Behandlung eines solchen Incidentstreites und danach die Annahme gerechtfertigt, daß eine dem Richter gelieferte **Bescheinigung** genügen müsse, welche je nach Umständen auch wohl durch einen Eid des Zeugen oder eine Betheuerung auf seinen Amtseid wird geliefert oder ergänzt werden können. Das Nächstliegende bleibt die Vorlegung derjenigen Vorschrift oder Verpflichtungsformel, wodurch dem Beamten Verschwiegenheit auferlegt worden ist. Soweit darin aber keine specielle Bestimmung getroffen, sondern nur eine allgemein lautende Anweisung gegeben ist, muß aus Natur und Zweck der übertragenen Amtsstellung, aus der allgemeinen Pflicht für Wahrung und Erhaltung des Staatswohles und aus den für die Disciplin in der gesammten Staatsverwaltung durch Gesetz oder Gewohnheit festgestellten Grundsätzen die Entscheidung über den Umfang der Verschwiegenheitspflicht entnommen werden. Da allgemeine Verpflichtungsformeln der gedachten Art nur darauf berechnet sein können, daß der Beamte solche Wahrnehmungen verschweigen soll, von denen es ihm auch ohne besondere und tiefere Nachforschung von selbst einleuchten muß, daß die Geheimhaltung derselben vom Interesse für das Staatswohl oder von positiven Verwaltungsgrundsätzen gefordert werde, so kann eine besondere Schwierigkeit für die richterliche Entscheidung darin nicht gefunden werden. Wo jedoch in einzelnen Fällen sich die Subsumtion unter den Bereich des Amtsgeheimnisses als zweifelhaft darstellt, wird häufig eine von der vorgesetzten Dienstbehörde gegebene Erklärung und nähere Erläuterung von großem Gewichte werden können. Das Gericht ist dann unstreitig befugt, zur Aufhellung der Dunkelheit selbst ex officio die Dienstbehörde um ihre Erklärung zu ersuchen, worauf u. a. in dem obigen Präjudicat der Frankfurter Sache von 1841 hingewiesen wird. Im übrigen bleibt es aber immer Sache des zum Zeugen vorgeschlagenen Beamten, da er auf einen solchen Officialschritt nicht rechnen kann, dem Gericht in geeigneter Weise darzulegen, daß die geforderte Zeugen-

aussage eine Verletzung des Amtsgeheimnisses in sich schließen würde, und nöthigenfalls zu diesem Zweck entweder seinerseits eine entsprechende Erklärung der Dienstbehörde beizubringen oder auf eine Communication des Gerichts mit der Dienstbehörde anzutragen.

III. Wendet man das Ausgeführte auf den vorliegenden Fall an, so hat der Beklagte sich auf seinen früher als Wette-Actuar und auf seinen später beim Eintritt in den Senat geleisteten Amtseid berufen, die Formel des ersteren auch in jetziger Instanz beigebracht, während die des letzteren ohnehin außer Zweifel steht. Beide Eidesformeln enthalten nur die ganz allgemeine Verpflichtung, das geheim zu halten, was dem Schwörenden „geheim zu halten gebühre," oder „was Verschwiegenheit erfordere," wozu die neuere Eidesformel für Senatoren noch hinzufügt, „was geheim zu halten mir geboten wird." Die Frage, was Gegenstand des Amtsgeheimnisses sein solle, findet also hier keinen Aufschluß und muß in der oben bezeichneten Weise aus anderen Quellen beantwortet werden. Der Beklagte hat nun Vorschriften, welche etwa für seine frühere Amtsführung bei der Wette und seine spätere bei dem Stadtamt in der angegebenen Beziehung ertheilt wären oder herkömmlich bestanden hätten, weder vorgelegt noch auch nur angeführt. Er hat auch keine für die Triftigkeit seiner jetzigen Weigerung sprechende Erklärung des Senates als der Dienstbehörde beigebracht, und ebenso wenig auf eine deßhalb bei dem Senate zu stellende Anfrage angetragen. Der Versuch aber, schon aus seiner amtlichen Stellung als Wette-Actuar die Folgerung abzuleiten, daß jener allgemeine Eid ihn zur Verschwiegenheit über alle amtlichen Wahrnehmungen verpflichtet habe, so lange ihm nicht von seinen Vorgesetzten gestattet worden sei, sich über dieselben zu äußern, konnte in keiner Weise für begründet erachtet werden. Eine Pflicht zur Verschwiegenheit in so ungewöhnlich ausgedehntem Umfang, wofür ein Bedürfniß auch bei unteren Beamten kaum abzusehen wäre, hätte nothwendig mit sehr bestimmten und deutlichen Worten auferlegt

werden müssen. Statt dessen deutet die gedachte Eidesformel selbst genügend an, daß nicht alle, sondern nur gewisse amtliche Wahrnehmungen dem Amtsgeheimniß unterliegen sollen, und kann, wie aus den Worten „was — — gebühret“ erhellt, nur dahin verstanden werden, daß der Beamte alles Dasjenige verschweigen solle, dessen Geheimhaltung durch bestehende Normen und Instructionen oder durch die jedem Beamten erkennbare Rücksicht auf das Staatswohl geboten wird.

Bei dieser Lage der Sache blieb für die richterliche Entscheidung nur die Frage, ob der Beweissatz, worüber der Beklagte als Zeuge vernommen werden soll, einen Gegenstand betreffe, der nach allgemeinen Rücksichten für das Staatswohl oder nach bekannten Grundsätzen der Staatsverwaltung für jeden Beamten als Amtsgeheimniß zu gelten habe. Die Verneinung dieser Frage ist jedoch bereits in den vorigen Erkenntnissen ausreichend motivirt worden, und der Beklagte hat etwas sachlich Neues dagegen nicht vorgebracht, während die Erinnerung, es sei mit Unrecht auf den Art. 24 des Gewerbegesetzes vom 29. September 1866 Bezug genommen worden, selbst wenn sie begründet wäre, keinen Einfluß auf das Ergebniß äußern könnte.

---

26. Bremen.

Sophie Rocholl zu Bremen, Klägerin, wider die Bauherren der **Unser Lieb-Frauenkirche** daselbst, Beklagte, eine Durchgangsgerechtigkeit betreffend.

Der gemeinrechtliche Grundsatz der Untheilbarkeit der Real-Servituten und das daraus folgende Princip, daß die Servitut nicht verloren geht, wenn ein dieselbe aufhebender Grund nun für einen Theil des dienenden Grundstücks eingetreten ist, hat durch die Bestimmungen sowohl der älteren

als auch der neueren Bremer Erb- und Handfesten-Ordnung von 1860 keine Abänderung erhalten.

Rechtsfall. Es handelt sich in der vorliegenden Sache um die Berechtigung der Benutzung eines zu einem Hause der Klägerin gehörigen Ganges, welchen die Beklagten für zwei anliegende Predigerhäuser in Anspruch nehmen. Die Mutter der Klägerin hatte im Jahre 1845 ein Haus an der Catharinenstraße erworben, und in der Lassungsurkunde war damals über den in Rede stehenden Gang bemerkt worden, daß in Betreff desselben „eine Gerechtigkeit nicht existire, vielmehr nur aus Vergünstigung und jederzeit widerruflich ein Durchgang nach den Predigerwohnungen von dem Eigenthümer dieses Grundstücks wohl gestattet worden sei." Eine dem widersprechende Angabe ist damals von den Beklagten nicht gemacht worden. Nach dem Tode der Wittwe Rocholl im Jahre 1858 kam das Grundstück durch Erbgang zu $^{3}/_{14}$ auf die jetzige Klägerin, welche später, im Jahre 1862, die übrigen $^{11}/_{14}$ von ihren Miterben kaufte und damit Eigenthümerin des Grundstücks wurde. Auch die damalige Lassungsurkunde enthielt die nämliche Bemerkung in Betreff des Ganges, und ein Widerspruch von Seiten der Beklagten fand auch damals nicht Statt. Wohl aber gaben diese Letzteren, als die Klägerin im J. 1867 ihr Grundstück verkauft hatte und es zur Lassung desselben kam, im Professionsprotokoll an, daß den Predigerhäusern eine Durchgangsservitut zustehe. In Folge dieser Angabe und einer Uebereinkunft zwischen der Klägerin und dem Käufer des Grundstücks stellte Erstere nunmehr eine Negatorienklage an, indem sie darauf antrug, daß das Gericht die Freiheit des Grundstücks von der beanspruchten Durchgangsgerechtigkeit aussprechen wolle.

Am 20. März 1868 ward vom Untergericht den Beklagten der Beweis auferlegt

entweder

daß sie für ihre Grundstücke das Recht des freien Durchganges durch den beregten Gang durch Verjährung erworben,

oder

daß sie sich im rechtlichen Besitze dieser Gerechtigkeit befänden,

wobei es der Klägerin unbenommen bleibe, reprobando ein precarium ihrseitig geltend zu machen.

Die Replik der Präclusion ward, soweit ein Erwerb vor der Lassung von 1845 geltend gemacht worden sei, an sich als liquide angenommen, wenn nicht von den Beklagten erwiesen werde:

daß die in Anspruch genommene Servitut 1845 schon den örtlichen Verhältnissen nach durch den Augenschein nachgewiesen sei.

Das Obergericht bestätigte diese Entscheidung unter dem 3. Septbr. 1868, vom Ober-Appellations-Gericht, welches im Uebrigen den vorigen Richtern beitrat, ward dagegen der in Betreff des Augenscheins den Beklagten nachgelassene Beweis durch Erkenntniß vom 31. März 1869 gestrichen, und zwar aus folgenden

Entscheidungsgründen.

I. Die erste Beschwerde der Klägerin, daß nicht die Präclusion der Beklagten mit der in Anspruch genommenen Servitut, als auch durch die Lassung vom 14. März 1862 geschehen, für liquide angenommen sei, mußte als unbegründet verworfen werden.

Bekanntlich haftet bei Realservituten die Dienstbarkeit, wie sie einerseits allen Theilen des herrschenden Grundstücks zusteht,

L. 23 § 3 D. de servitut. praed. rust.,

so andererseits auf dem ganzen dienenden Grundstücke.

L. 13 § 1 L. 21 u. 22 D. ibid.

Hieraus und aus der Untheilbarkeit aller Servituten, mit alleiniger Ausnahme des Ususfruct, welche ebenfalls in ihrer Natur begründet ist:

Fragment des Pomponius bei Hugo, civilist. Magazin, VI. S. 20,

folgt aber mit nothwendiger Consequenz der Satz: servitus per partes retinetur:

L. 8 § 1 D. de servitutibus,
L. 30 § 1 D. de servit. praed. urb.,
L. 140 § 2 D. de V. O.,

daß nämlich, wenn ein Grund des Verlustes der Servitut nur für einen Theil des dienenden Grundstückes eingetreten ist, die Servitut gar nicht verloren geht. Und läßt sich daher nicht behaupten, daß diese Folgerung nur eine willkürliche der Römischen Juristen sei und man aus jenem Principe ebensowohl folgern könne, die Servitut gehe in solchem Falle ganz verloren.

Ist aber das, so ist es von vorneherein klar, daß durch das deutsch-rechtliche Institut der gerichtlichen Auflassung mit der Wirkung des, wenn binnen einer gewissen Frist ohne Beispruch geblieben, unanfechtbaren Erwerbes des Eigenthums, beziehungsweise des Servituten-freien, an Grundstücken, wie dieses Institut in der Bremischen Erbe- und Handfesten-Ordnung näher regulirt worden ist, jenes gemeinrechtliche Princip nicht aufgehoben sein kann. Allein betrachtet man den Satz: servitus per partes retinetur, auch nur als eine Folgerung aus einem höheren Principe, die auch anders hätte gezogen werden können, so ist es doch nun einmal ein ganz entschiedener Grundsatz des gemeinen Rechts, und da müßten, um anzunehmen, daß die Erbe- und Handfesten-Ordnung das entgegengesetzte Princip servitus per partes amittitur — denn ein Drittes ist nicht denkbar — habe adoptiren wollen, sehr klare Gründe vorliegen. An diesen fehlt es aber, vielmehr sprechen Gründe für das Gegentheil.

Allerdings zwar hat das Gesetz den Zweck, den Erwerber eines Grundstücks und folgeweise alle Diejenigen, denen es in seinem derartigen Bestande Sicherheit gewährt, gegen unbekannte dingliche Ansprüche zu schützen. Daher legt es demjenigen, welcher solche zu haben vermeint, die Verpflichtung auf, dieselben binnen der Abkündigungsfrist von sechs Wochen zum Professionsprotokoll anzugeben (§ 17), und bestimmt sodann im § 32 sub b ganz allgemein, daß Servituten und dingliche Rechte überhaupt, die auf dem veräußerten Immo-

bile haften und sich in der Beschreibung nicht aufgeführt finden, durch deren Nichtangabe verloren gehen. Allein es muß angenommen werden, daß hier das Gesetz unter dem veräußerten Immobile nur solches als ganzes, nicht aber veräußerte Theile, reelle oder ideelle, im Sinne hat. Dafür spricht

1) schon der wörtliche Ausdruck.

2) Könnte man denselben für zweideutig halten, so würde die Regel, daß Particulargesetze, insofern ihnen nicht ein deutschrechtliches, dem Römischen Rechte widersprechendes Princip zum Grunde liegt, was hier nicht der Fall, im Zweifel so auszulegen sind, daß sie vom gemeinen Rechte nicht abweichen, dahin führen, ihn im obigen Sinne zu verstehen. Faßt man nämlich das Wort „Immobile" so auf, daß es auch reelle und ideelle Theile eines Grundstücks bezeichnen soll, so ist die Abweichung vom gemeinen Rechte klar. Denn da ein Untergang der Servitut in Beziehung bloß auf den veräußerten ideellen Theil eines Grundstückes nach der Natur der Servituten eine Unmöglichkeit ist, so würde nach der Erbe- und Handfesten-Ordnung die Servitut ganz erlöschen, während das gemeine Recht sie ganz bestehen läßt.

3) Hätte das Gesetz eine so durchgreifende Abweichung vom gemeinen Rechte einzuführen beabsichtigt, so würde das ohne Zweifel in den Motiven zum Gesetze näher begründet worden sein. Allein weder in dem Deputationsberichte zur früheren Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1833, welche im § 35 die jetzt fragliche Bestimmung bereits enthält, noch in den Deputations- und Commissionsberichten zur revidirten Erbe- und Handfesten-Ordnung von 1860 findet sich auch nur die geringste Andeutung einer solchen Absicht. Ferner

4) würde, wenn dies der Fall gewesen wäre, ein so sorgfältig redigirtes Gesetz sich schwerlich begnügt haben, so wie geschehen, sich auszudrücken. Wäre es nämlich seine Meinung, daß bei Veräußerung eines auch nur ideellen Theils eines Immobile die nicht rechtzeitig angemeldeten Servituten auch für den nicht veräußerten Theil verloren gingen, so würde

es ohne Zweifel nicht unterlassen haben, dies bestimmt auszusprechen, und ebenso würde es dies gethan haben, wenn es diesen gänzlichen Verlust auch ausnahmslos bei der Veräußerung des reellen Theils eines Grundstücks hätte eintreten lassen wollen, da bekanntlich nach gemeinem Rechte in dem Falle, wo die reelle Theilung dergestalt eintritt, daß fortan jeder Theil für sich ein besonderes Ganzes ausmacht, das seinen eigenen Eigenthümer hat, die Servitut auf dem einen Theil verloren sein kann, während sie auf dem anderen erhalten bleibt.

L 6 § 1 D. quemadmodum servitus amittitur.

Endlich

5) finden die obigen Gründe auch dadurch eine Unterstützung, daß die revidirte Erbe- und Handfesten-Ordnung der Veräußerung ideeller und reeller Theile von Grundstücken in Beziehung auf die Rechte handfestarischer Gläubiger ausdrücklich gedenkt und hier besondere Bestimmungen trifft, welche theilweise eine Modification des gemeinrechtlichen Grundsatzes von der individua causa pignoris enthalten.

Revidirte Erbe- und Handf.-Ordn. von 1860 § 37 u. 91 sub 6.

Einer besonderen Widerlegung der von der Klägerin vorgebrachten Gründe, welche durchweg auf der Voraussetzung ruhen, daß der § 32 des Gesetzes auch von veräußerten Theilen eines Immobile handle, bedarf es nach dem Obigen nicht weiter.

Dagegen mußte

II. der zweiten Beschwerde, welche die sofortige Verwerfung des Einwandes verlangt, welchen die Beklagten gegen die Behauptung einer durch die Lassung vom Jahre 1845 eingetretenen Präclusion der angeblich schon zu jener Zeit vorhanden gewesenen Offensichtlichkeit der fraglichen Servitut entnommen haben, stattgegeben werden, wenngleich aus einem anderen Grunde, als dem von der Klägerin geltend gemachten.

Der Umstand nämlich, daß eine auf dem veräußerten Immobile haftende Servitut schon den örtlichen Verhältnissen

nach durch den Augenschein äußerlich nachgewiesen wird, kann nur dann von der Angabe derselben befreien, wenn sie in der Beschreibung des dienenden Grundstücks gar nicht aufgeführt worden ist, wie dies denn auch zwar nicht die bei diesem Punkte in Betracht kommende E.- u. H.-O. von 1833, aber die revidirte von 1860 § 32, 6 ausdrücklich besagt, aber offenbar auch die Meinung der ersteren ist.

Denn, wird die Existenz einer Servitut durch die örtlichen Verhältnisse wirklich klar nachgewiesen, so darf der Servitutberechtigte füglich annehmen, daß, obgleich der Servitut in der Beschreibung des dienenden Grundstückes zum Zwecke der Lassung nicht gedacht ist, dies nur aus dem obigen Grunde als überflüssig unterlassen sei, und der Erwerber, dem sie nicht habe entgehen können, deren Existenz nicht bestreiten werde; und daher befreiet ihn das Gesetz von der Angabe derselben zum Professionsprotokoll. Ganz anders aber liegt die Sache, wenn, wie im vorliegenden Falle, in der Beschreibung die Servitut ausdrücklich als nicht bestehend angegeben, die als Ausübung eines servitutähnlichen Rechts sich darstellenden Handlungen als auf einem precarium beruhend bezeichnet werden. Hier fällt der Grund, welcher von Anmeldung der Servitut befreiet, weg, und zwar um so mehr, als factisch bestehende locale Zustände und Vorrichtungen in den meisten Fällen es völlig zweifelhaft lassen werden, ob sie auf einer rechtlich bestehenden Servitut beruhen, oder auf der nur aus Gefälligkeit gewährten jederzeit widerruflichen Ausübung servitutähnlicher Handlungen, wie dies namentlich bei der vorliegend in Frage stehenden Benutzung eines zu einem benachbarten Grundstücke gehörenden Ganges und den zur Ermöglichung oder Erleichterung solcher Benutzung gestatteten Einrichtungen der Fall ist.

Es war demzufolge der den Beklagten nachgelassene Beweis, daß die fragliche Servitut im Jahre 1845 schon den örtlichen Verhältnissen nach durch den Augenschein äußerlich nachgewiesen sei, in Wegfall zu bringen.

III. Die dritte Beschwerde, daß nicht der Klagbitte ge-

mäß erkannt sei, welcher nur stattzugeben sein würde, wenn beide vorangeschickten Beschwerden begründet befunden wären, mußte bei der nachgewiesenen Grundlosigkeit der ersten verworfen werden. Und das Gleiche mußte

IV. auch hinsichtlich der vierten Beschwerde geschehen, welche eventuell verlangt, daß von den beiden den Beklagten auferlegten Beweisen: des Besitzes der fraglichen Servitut und des Erwerbes derselben durch Verjährung, der erste gestrichen werde. Denn diese Beschwerde wird lediglich dadurch zu rechtfertigen versucht, daß die Bremische Praxis, wonach die Beweislast bei der Negatorienklage sich nach dem Besitze der Servitut bestimmt, mit der richtigen, als solche auch vom Ober-Appellations-Gerichte anerkannten Theorie in Widerspruch stehe. Allein, wenngleich Letzteres nach den neuesten Entscheidungen dieses Gerichts, wonach der Kläger nur sein Eigenthum, der Beklagte dagegen, er mag im Besitz der Servitut sich befinden oder nicht, das Vorhandensein derselben zu beweisen hat, allerdings der Fall ist:

Wunderlich, Jurispr. des O.-A.-Ger. in Lübecker Rechtssachen I. S. 426 ff.,

so hat doch das Ober-Appellations-Gericht den abweichenden Bremischen Gerichtsgebrauch, wonach bei der Negatorienklage, wenn sich der Beklagte im Besitz der streitigen Servitut befindet, der Kläger die Freiheit seines Grundstücks von derselben beweisen muß, von jeher als einen zu Recht bestehenden anerkannt:

Wessels c. Martini-Armencasse, 1833,
Dorfschaft Hastedt c. Schwarzkopf, 1836,
Hebeler c. Kruse, 1839,
Voget c. Michaeliskirche, 1841,

und diese Anerkennung demselben jetzt zu versagen, dazu lag kein Grund vor.

---

27. Hamburg.

Dr. **Seebohm** zu Hamburg, mand. noie. **J. Kohen** in Pesth, Kläger, wider **Johannes Niemeyer** zu Hamburg, Beklagten, Forderung betreffend.

Nova in der Appellationsinstanz sind nur dann zu berücksichtigen, wenn das beneficium novorum unter Angabe des Grundes, weßhalb die fragliche Vertheidigung nicht schon in erster Instanz vorgebracht worden, erkennbar in Anspruch genommen worden ist.

Ist bei einem Lieferungsvertrage die Zeit der Absendung vorgeschrieben, so muß, im Fall nichts Weiteres bestimmt worden, angenommen worden, daß, wenn zwischen dem Absende- und Bestimmungsort directe Eisenbahnverbindung stattfindet, der langsamere und kostspieligere Weg der Frachtfuhrbeförderung jedenfalls ausgeschlossen sein solle.

Rechtsfall. Laut Schlußnote hatte der Kläger dem Beklagten mehrere Partien Pflaumen zu liefern, welche, worüber die Parteien einverstanden sind, in den Monaten October und November 1867 ab Pesth zu verladen waren. Wegen der Octoberverladung nun ist Streit entstanden, indem der Beklagte diese Sendung mit der Bedingung: „im October pr. Eisenbahn auf hier zu verladen," weiterverkauft und sein Käufer die Annahme der Waare, da sie „keine Octoberladung von Pesth" sei, verweigert hatte. Die Sendung ist nämlich erst am 6. December, und zwar mit einem vom 22. Novbr. datirten Frachtbriefe von Marchegg (nicht von Pesth) in Hamburg eingetroffen, und während es in den Acten nicht aufgeklärt worden, auf welchem Wege solche nach Marchegg gekommen, hat der Kläger nachgewiesen, daß er die Waare am 31. October an die concessionirten Spediteure der Kaiserin Elisabeth-Bahn, Schüller & Bondi, in Pesth zur Verladung nach Hamburg übergeben habe.

Das Handelsgericht hat am 28. März 1868 dem Kläger den Beweis auferlegt, daß die Pflaumen im October 1867 einer in Pesth beginnenden oder vorbeiführenden Eisenbahn zur Beförderung nach Hamburg übergeben oder in gehöriger Weise zur Disposition übergeben seien, und das Obergericht darauf am 25. Septbr. 1868 erkannt, daß alternativ oder cumulativ mit dem ihm vom Handelsgericht nachgelassenen Beweise Kläger auch noch beweisen könne sub 2:

a) daß er nach Maßgabe des in Pesth herrschenden Handelsgebrauches der durch die Anlage 1 übernommenen Verpflichtung, die fraglichen 250 Centner Pflaumen im October 1867 von Pesth abzuladen, durch Uebergabe derselben an Schüller & Bondi, gegen Ausstellung des vorliegenden Recepisse, ein Genüge geleistet habe;

b) daß die fraglichen 250 Centner Pflaumen, auch wenn dieselben am 31. Octbr. 1867 der Staatsbahn übergeben worden wären, nicht vor dem 5. December 1867 hier eingetroffen sein würden.

Dem Beklagten wurde gegen beide vorstehenden Beweise der Beweis vorbehalten: daß nach dem in Pesth geltenden Handelsgebrauche auf Grund des Schlußscheines die Verladung mit der Staatsbahn als selbstverständlich vorausgesetzt werde.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward auf Berufung des Beklagten am 31. März 1869 das vorige Urtheil zwar im Uebrigen bestätigt, jedoch dahin erkannt, daß die sub a und b normirten Beweise in Wegfall zu bringen seien.

Die Entscheidungsgründe

lauten wie folgt:

Der auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 28. März 1868 gerichteten principalen Beschwerde muß, soweit dieselbe

I. auf das Decisum 2) der angefochtenen Entscheidung sich bezieht, entsprochen werden.

Die der liquiden Klage entgegensetzte Compensationseinrede ist darauf gegründet, daß Kläger nach dem Vertrage Anl. 1

verpflichtet gewesen sei, die im October 1867 zu liefernden 250 Centner Pflaumen im Laufe des genannten Monats mit der Eisenbahn von Pesth nach Hamburg zu verladen, dies aber, ausweislich des vorgelegten Frachtbriefes, wonach die Waare erst am 28. Novbr. in Marchegg auf die Eisenbahn gegeben worden, nicht geschehen sei, und Beklagter in Folge dieser vertragswidrigen Lieferung einen Schaden von Bco. ℳ 2268. 15 ß erlitten habe. Die Parteien haben sich darüber verständigt, die Verhandlungen über das Schadensquantum annoch auszusetzen. Anlangend aber die Verpflichtung des Klägers zum Schadensersatze überhaupt, so haben die beiden vorigen Gerichte conform entschieden, daß dieselbe in den vom Beklagten dafür geltend gemachten Thatsachen an sich ihre Begründung finde und keines Beweises mehr bedürftig sei. Daß Handelsgericht und Obergericht auf verschiedenem Wege zu diesem Resultate gelangt sind, indem Ersteres annimmt, wenn auch das Schreiben Anl. 1 nicht ausdrücklich von einer Lieferung durch die Eisenbahn rede, so müsse dies doch als die selbstverständliche Meinung der Parteien angesehen werden, das Obergericht dagegen auf das in zweiter Instanz vom Kläger abgelegte Zugeständniß, „daß ab Pesth im gewöhnlichen kaufmännischen Verkehr pr. Bahn auf Hamburg verladen werde," das entscheidende Gewicht legt, ist ohne Einfluß auf jenes rechtskräftig feststehende Ergebniß; wie denn auch Kläger ausdrücklich erklärt hat, auf seine die Beweislast betreffende zweite Beschwerde voriger Instanz nicht zurückkommen zu wollen. Es fragt sich nur noch um die dem Kläger zu seiner Vertheidigung nachzulassenden Beweise. Das Handelsgericht hat denselben auf den, jetzt nicht mehr angefochtenen, Beweis der noch im October in Pesth erfolgten Verladung der Waare mit einer von dort beginnenden oder dort vorbeiführenden Eisenbahn beschränkt, während das Obergericht ihm in alternativer Verbindung hiemit unter 2) a und b seines Erkenntnisses noch zwei weitere Beweise nachgelassen hat. Diese Beweise müssen jedoch, ohne daß es eines vollständigen Eingehens auf die Materialien

er Sache bedarf, schon aus processualischen Gründen in Wegfall gebracht werden. Denn

A. die Vertheidigung des Klägers in erster Instanz enthielt keine Behauptung, die zu den fraglichen Beweisnachlassungen hätte führen können. Kläger hat in der Verhandlung vor dem Handelsgerichte gar nicht geleugnet, daß er die Waare noch im October mit der Eisenbahn in Pesth habe verladen müssen, er behauptete nur, dieser Pflicht dadurch nachgekommen zu sein, daß er, ausweislich des Recipisse Anl. B. die in Rede stehenden Pflaumen dem „Speditionsbüreau der K. K. Priv. Kaiserin Elisabeth-Bahn" in Pesth zur Beförderung nach Hamburg an den Kläger übergeben habe; und die von ihm producirten Documente, beziehungsweise sein eventuelles Erbieten zum Beweise, bezogen sich — abgesehen von der allgemeinen Behauptung, daß die Waare im October von Pesth auf Hamburg abgeladen sei, welche in dem handelsgerichtlichen Beweissatze entsprechende Berücksichtigung gefunden hat — nur darauf, daß Schüller & Bondi, die Aussteller jenes Recipisse, die gesetzmäßig legitimirten Vertreter der Kaiserin Elisabeth-Bahn und von deren Verwaltungsrath zur Führung der Firma eines „Speditionsbüreaus" dieser Eisenbahn ermächtigt seien. In dem ganzen erstinstanzlichen Vorbringen des Klägers ist

1) von einem in Pesth geltenden Handelsgebrauche, wie er vom Obergerichte unter 2) a zu Beweis verstellt worden, mit keinem Worte die Rede. Seine Behauptung, daß er durch die am 31. October in Pesth erfolgte Uebergabe an das Centralbüreau der Kaiserin Elisabeth-Bahn seiner Pflicht nachgekommen, gründete Kläger lediglich darauf: „daß nicht durch die Oesterreichische Staatsbahn, sondern durch die Kaiserin Elisabeth-Bahn der Transport der Güter zu bewerkstelligen gewesen sei," und hierin kann nichts Anderes gefunden werden, als die Behauptung, daß die Kaiserin Elisabeth-Bahn eine von Pesth ab nach dem Norden führende Bahn sei, die zu dem fraglichen Transporte habe benutzt werden können und benutzt worden sei, — eine Angabe, die durch den vor-

gelegten Frachtbrief und beziehungsweise die vom Handelsgerichte angeführten notorischen Thatsachen ihre sofortige Widerlegung findet und sich nur aus dem Mangel vorausgegangener genügender Instruirung des klägerischen Anwalts erklären läßt. Jedenfalls liegt in dem fraglichen Vorbringen nicht die entfernteste Andeutung eines eigenthümlichen im Verkehre zwischen Pesth und Hamburg bestehenden Handelsgebrauchs, vermöge dessen die Uebergabe der Waare an die Vertreter einer ganz anderen, als der für den Transport zu benutzenden Eisenbahn der Verladung mit dieser letzteren gleich erachtet werde. Ebensowenig hat Kläger

2) in erster Instanz eine dem unter 2) b des Obergerichts-Erkenntnisses normirten Beweise entsprechende Behauptung des Inhaltes vorgebracht, daß die fraglichen 250 Centner Pflaumen, auch wenn dieselben am 31. October der Staatsbahn übergeben worden wären, nicht vor dem 5. December in Hamburg eingetroffen sein würden. Das Einzige, was hierfür möglicherweise geltend gemacht werden könnte, ist der Inhalt des klägerischen Schreibens Anl. E, dessen Berücksichtigung in der fraglichen Richtung indessen schon deßhalb bedenklich sein würde, weil dasselbe gar nicht vom Kläger, sondern vom Beklagten producirt und von Ersterem in keiner Weise in Bezug genommen worden ist. Aber auch seinem Inhalte nach ist aus demselben nicht das zu entnehmen, worauf der obergerichtliche Beweis gerichtet ist. Wenn Kläger schreibt: er habe die Sendung „im Interesse der schnelleren Beförderung" dem Büreau der Kaiserin Elisabeth-Bahn übergeben, so liegt darin allenfalls, daß durch Vermittelung dieses Büreaus der Regel nach eine schnellere Beförderung Statt finde, als bei directer Aufgabe der Güter bei der Verwaltung der Staatsbahn, nicht aber, daß — worauf es doch allein ankommen würde — im vorliegenden Fall, wo zwischen der Abgabe in Pesth an das gedachte Büreau (31. October) und der Verladung in Marchegg (28. November) ein unverhältnißmäßig langer Zeitraum in Mitte liegt, die directe Beförderung mit der Staatsbahn bei Zugrundelegung der

gewöhnlichen Transportzeit kein günstigeres als das wirklich erzielte Ergebniß geliefert haben würde.

Hat nun hiernach für das Handelsgericht weder Anlaß noch Stoff für Beweisnachlassungen des fraglichen Inhaltes vorgelegen, so kann es

B. nur darauf ankommen, ob entsprechende Behauptungen in zweiter Instanz und zwar in solcher Weise vorgebracht worden sind, daß sie als eine noch zulässige Vertheidigung vom Oberrichter behandelt werden durften. Der Kläger hat sich aber

1) des beneficium novorum vor dem Obergerichte überhaupt nicht bedient. Dazu hätte gehört, daß er seine Intention, ein novum geltend zu machen, unter Angabe des Grundes, weßhalb die fragliche Vertheidigung nicht schon in erster Instanz vorgebracht worden, deutlich zu erkennen gegeben hätte:

vgl. Urth. des O.-A.-Ger. in S. Dirks w. Schlüter & Maack v. 28. November 1863 (Hamb. Samml. V. S. 254) und in S. Gleichmann w. Simon v. 21. Febr. 1867 (Kierulff Samml. III. S. 129).

Kläger hat aber, soviel den Beweis unter 2) a des angefochtenen Erkenntnisses betrifft, es selbst an einer bestimmten Behauptung des vom Obergerichte zum Beweis verstellten Handelsgebrauchs fehlen lassen, so daß die vorigen Richter erst durch eine Combination des Inhalts der Anl. 5 mit den „unklaren Aufstellungen des Appellationslibells“ zu der Annahme eines „einigermaßen präcisirten“ entsprechenden Vorbringens gelangen konnten; geschweige denn, daß jene Behauptung als ein novum in der eben erörterten Weise vorgebracht worden wäre. Anlangend dagegen den Beweis unter 2) b, so enthält der Appellationslibell freilich in der in äußerster Eventualität aufgestellten Beschwerde das fragliche Vertheidigungs-Moment; jedoch überall nicht als ein solches, welches mittelst des beneficium novorum jetzt zuerst geltend gemacht werden solle; und hat daher Beklagter jene Beschwerde mit Recht bereits in seiner Vernehmlassung vor dem Obergerichte als eine formell unzulässige bezeichnet, da Kläger es versäumt habe, in erster Instanz eine entsprechende Behauptung aufzustellen.

2) Es könnte sich hiernach nur etwa noch fragen, ob die obergerichtlichen Beweise nicht unter dem Gesichtspunkte dem Kläger zu verstatten gewesen seien, daß, wenn dessen in zweiter Instanz abgelegtes Geständniß zu Gunsten des Beklagten in Betracht gezogen werden sollte, auch die demselben beigefügten Beschränkungen zu seinen eigenen Gunsten in Berücksichtigung kommen mußten. Hiervon kann indessen

a) bei dem Beweise unter 2) b offenbar in keiner Weise die Rede sein. Dieser Beweis setzt gerade voraus, daß Kläger verpflichtet war, die Verladung von Pesth ab mit der Staatsbahn zu bewirken, und hat eine durchaus selbstständige Vertheidigungsbehauptung — daß nämlich durch die vom Kläger erwählte Vermittelung eines Spediteurs keine Verzögerung veranlaßt worden sei — zum Gegenstande. Aber auch

b) hinsichtlich des Beweises unter 2) a kann der fragliche Gesichtspunkt schon deßhalb für zutreffend nicht erachtet werden, weil es nach Lage der Sache auf das in zweiter Instanz vom Kläger abgelegte Geständniß gar nicht mehr ankam, vielmehr dem Handelsgerichte darin beigetreten werden muß, daß schon nach Inhalt der Acten erster Instanz eine Verpflichtung des Verkäufers, die fragliche Waare in Pesth pr. Eisenbahn zu verladen, als feststehend angenommen werder konnte. Wenn sich Beklagter nach Anl. 1 Lieferung der gekauften 500 Centner Pflaumen in zwei Posten,

250 Centner im October a. c. (1857)
250 „ „ November „ „ „

ausbedungen hat und die Parteien darüber einverstanden sind, daß damit nicht die Zeit der Ankunft in Hamburg, sondern die der Absendung von Pesth gemeint sei, so war doch der Zweck der fraglichen Zeitbestimmung jedenfalls der, daß der Käufer in den Stand gesetzt sein wollte, durch Veranschlagung der regelmäßigen Transportdauer den Zeitpunkt wenigstens annähernd berechnen zu können, wo die Waare in Hamburg sein werde, um mit Rücksicht hierauf seine Disposition über dieselbe treffen zu können. Hieraus ergiebt sich, daß die Transportart keineswegs der Willkühr des Verkäufers über-

lassen war. Es darf vielmehr bei einem derartigen Vertrage, wenn zwischen dem Orte der Absendung und dem der Lieferung eine directe Eisenbahn=Verbindung Statt findet, jedenfalls das als selbstverständlich angesehen werden, daß der langsamere und mehr kostspielige Transport durch gewöhnliche Frachtfuhr ausgeschlossen sein soll. In Betracht kann, neben der Eisenbahn, möglicherweise nur noch der Wasserweg — namentlich für eine Sendung von Pesth nach Hamburg die Beförderung der Waare pr. Dampfschiff bis Wien — kommen. Allein von einer solchen ist im vorliegenden Falle überall nicht die Rede. Kläger hat nirgends behauptet oder auch nur zu verstehen gegeben, daß er für den ersten Theil des Transports der Waare den Wasserweg gewählt habe. Vielmehr hat er von vornherein eine Versendung pr. Eisenbahn als die im Sinne der Contrahenten liegende und von ihm zu bewerkstelligende anerkannt, indem er behauptete, der in Anl. 1 übernommenen Verbindlichkeit dadurch nachgekommen zu sein, daß er die Waare noch im October an Schüller & Bondi, und zwar in ihrer Eigenschaft als gesetzmäßig legitimirte, oder, wie es in dem Schreiben Anl. 5 heißt, officielle Vertreter der Kaiserin Elisabeth=Bahn zum Transporte an den Beklagten übergeben habe. Nicht die Frage, ob pr. Eisenbahn oder in anderer Weise abzuladen, war hiernach die in erster Instanz ventilirte, sondern nur die, mit welcher Eisenbahn die Abladung zu bewirken gewesen sei; und diese Frage konnte, nach Maßgabe der in den Entscheidungsgründen des Handelsgerichts hervorgehobenen notorischen Thatsachen, nur dahin beantwortet werden, daß Kläger die Oesterreichische Staatsbahn, als die einzige von Pesth nach dem Norden führende Eisenbahn, zu dem fraglichen Transporte zu benutzen gehabt habe; wie denn auch nach dessen Erklärung in gegenwärtiger Instanz darüber, daß die Waare wirklich auf dieser Bahn nach Marchegg gelangt ist, kaum noch ein Zweifel bestehen kann. Die Behauptung, daß vermöge eines besonderen Handelsgebrauchs die Ablieferung der Waare an Schüller & Bondi, beziehungsweise das Cen=

tralbüreau der Kaiserin Elisabeth-Bahn in Pesth, der directen Verladung mit der Staatsbahn gleich erachtet werde, würde, wenn vorgebracht, nicht unter den Gesichtspunkt einer verneinenden Einlassung in Betracht gekommen sein, sondern eine Einrede gebildet haben, und konnte, nachdem sie in erster Instanz versäumt worden, in der höheren Instanz nur noch mittelst des beneficium novorum nachgebracht werden, dessen sich aber, wie bereits gezeigt ist, der Kläger gar nicht bedient hat.

Sind hiernach die beiden vom Obergerichte dem handelsgerichtlichen Beweise hinzugefügten Beweisalternativen in Wegfall zu bringen, so beseitigt sich der dem Beklagten hiergegen verstattete Beweis von selbst, und muß das ganze Decisum 2) des angefochtenen Erkenntnisses wieder aufgehoben werden.

II. Soweit die Beschwerde dagegen auf das Decisum 1) sich bezieht, ist es

A. ungeachtet des weitergehenden Wortlautes derselben klar, daß Beklagter seine Verurtheilung zur Bezahlung der unbestrittenen Bco. ℔ 339. 5 ß nebst Zinsen nicht anfechten will, indem er vielmehr angiebt, dieser Verurtheilung bereits Folge geleistet zu haben. Die Beschwerde betrifft in Wahrheit nur

B. die Verurtheilung des Beklagten zur Deposition des seiner Entschädigungsforderung von Bco. ℔ 2268. 15 ß entsprechenden Theils der Klagsumme mit Zinsen, und ist darauf gestützt, daß, wie einerseits die Klage, so andererseits auch die Compensationseinrede an sich liquid erscheine, und es sich nur noch um einen Replikenbeweis handele, die Illiquidität also auf Seiten des Klägers sei. Allein es muß dem Obergerichte darin beigetreten werden, daß die Compensationseinrede Nichts weniger als liquid ist, da — auch ganz abgesehen von jenem dem Kläger noch verstatteten Beweise — die Verhandlungen über das Schadens*quantum* annoch ausgesetzt sind, zur Compensation aber nothwendig zwei ihrem Betrage nach bereits feststehende Forderungen gehören. Die Beschwerde, soweit gegen Decisum 1) des Obergerichts-Erkenntnisses gerichtet, muß also als unbegründet zurückgewiesen werden.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

freien Hansestädte

zu Lübeck.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der freien Hansestädte.

Jahrgang 1869.

2. Heft.

Lübeck.

Ferdinand Grautoff.

1871.

Hamburg. 28.

Dr. **D. Schlüter** zu Hamburg, im Auftrage von **C. J. F. Traun** daselbst, Implorant, wegen Inhibitoriums.

Das Ober-Appellations-Gericht wies durch Erkenntniß vom 1. April 1869 die über abgeschlagene Appellation erhobene Beschwerde als unbegründet zurück, in Erwägung:

1) daß nach der eigenen Darstellung des Appellanten der von demselben gestellte Antrag auf Erlassung eines Inhibitoriums gegen den Befehl des Landherrn vom 4. März 1869 am 22. desselben Monats vom Präses des Niedergerichts abgeschlagen, und dieser Abschlagsbescheid auf dawider erhobene Supplication des Appellanten, unter Verwerfung der erhobenen Beschwerden, durch Obergerichtsdecret von demselben Tage bestätigt worden ist, hiernach aber das Obergericht der gegen dieses letztgedachte Decret eingewandten Appellation an das Ober-Appellations-Gericht mit Recht, wegen Conformität der beiden vorangegangenen Entscheidungen, den Lauf versagt hat;

2) daß insbesondere der Zweifel darüber, ob der Abschlagsbescheid des Präses des Niedergerichts als ein „Erkenntniß" im Sinne der §§ 48 und 52 der Verordnung in Betreff des vor den verschiedenen Justizbehörden zu beobachtenden Verfahrens vom 29. Decbr. 1815 zu erachten sei, als ein unbegründeter sich darstellt, indem der Präses des Niedergerichts derartige Verfügungen vermöge seiner ausschließlichen Competenz, die auch der Appellant dadurch, daß er seinen bezüglichen Antrag bei demselben stellte, anerkannt hat, als Einzelrichter erläßt, und die Bestimmung des § 15 der an-

geführten Verordnung, wonach derjenige, der sich durch eine solche Verfügung gravirt erachtet, intra decendium per modum supplicationis sich an das Obergericht wenden kann, auf das Klarste beweis't, daß es sich hier um eine richterliche Entscheidung handelt;

3) daß das Ober-Appellations-Gericht auch in diesem Sinne bereits zu wiederholten Malen sich ausgesprochen hat:

Jurist. Abhandl. Bd. I. S 218 № 51,

Samml. von Entsch. in Hamb. Rechtsf., N. F. Bd. I. S. 149,

und die vom Appellanten in Bezug genommene, in der Actenversendungs-Instanz ergangene gegentheilige Entscheidung vom 22. October 1868 in S. Schnauß Wwe. gegen den H. Senat für dasselbe keinen Grund zur Aenderung seiner Ansicht abgeben kann;

4) daß hiernach die Beschwerde über abgeschlagene Appellation als unbegründet zurückgewiesen werden muß und damit sowohl die in der Sache selbst aufgestellte Beschwerde, als das beantragte Inhibitorium ihre Erledigung finden.

---

29. Hamburg.

Jürgen Peters in Hamburg, Kläger, wider **August Bosse** daselbst, Beklagten, Sprietforderung, nunmehr geführten Beweis betreffend.

---

1) Die Formulirung eines richterlichen Eides muß sich nicht nothwendig dem Beweisthema ganz anschließen; vielmehr dürfen, je nach Beschaffenheit des Beweisresultates, besondere Thatsachen zum Gegenstand desselben gemacht werden, wenn deren Beeidigung eine bessere Aufklärung zu liefern geeignet ist.

2) Ist das objective Ergebniß der Beweisführung zu Gunsten einer Partei ausgefallen, so ist sie zum Glaubenseid zuzulassen, auch wenn der Gegner auf Grund eignen Wissens schwören könnte.

In dieser einen Handel über monatliche Sprietlieferungen vom November 1867 bis März 1868 betreffenden Sache war dem Kläger, welcher die Preisdifferenz für einen nicht gelieferten Theil der Gesammtpartie forderte, rechtskräftig der Beweis auferlegt worden:

> daß er behauptetermaßen mit dem Beklagten das Abkommen getroffen habe, daß derselbe die, zu den in Anl. 1 festgesetzten Terminen nicht vollständig oder gar nicht beschafften Lieferungen Spriet ihm liefern sollte, sobald Kläger dieselben bedürfe und fordere.

Im Beweisverfahren wurde von beiden Theilen der beklagtische Procurist Fischer, welcher für den Beklagten die behauptete Verabredung geschlossen haben sollte, als hauptsächlicher Zeuge producirt. Am Schluß der Beweisinstanz erkannte das Handelsgericht auf einen Erfüllungseid des Klägers, dessen Inhalt ganz dem Beweissatz entsprach, nur daß anstatt „mit dem Beklagten" substituirt wurde „mit dem beklagtischen Procuristen Fischer." Das Obergericht erkannte dagegen am 23. November 1868 auf einen Reinigungseid des Beklagten in folgender Fassung:

> ich schwöre, daß die Mittheilungen, welche mir mein Procurist Fischer über seine Verhandlungen mit dem Kläger in Betreff der Sprietlieferungen bezüglich der Schlußnote vom 14. September 1867 gemacht hat, des Inhalts gewesen sind, daß ich annehmen mußte und angenommen habe, daß mir eine Verpflichtung nicht obliege, späterhin auf Verlangen des Klägers dasjenige nachzuliefern, was in den einzelnen Monaten weniger als 10000 Pr. Quart geliefert worden, daß ich vielmehr in Folge der Mittheilungen des Fischer die beiderseitigen Lieferungs- und Empfangs-Berechtigungen mit dem Ablaufe eines jeden Monats als für den abgelaufenen Monat erloschen betrachtet habe.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte auf Berufung des Klägers durch Urtheil vom 3. April 1869 zwar die Zulassung des Beklagten zum Reinigungseid, änderte aber die Fassung desselben dahin ab:

ich schwöre, daß ich nach sorgfältiger Erforschung der Wahrheit nicht weiß und nicht glaube, daß der Kläger mit meinem Procuristen Fischer das Abkommen getroffen habe, die zu den in der Schlußnote des Unterhändlers Grube vom 14. September 1867 festgesetzten Terminen nicht vollständig oder gar nicht beschafften Lieferungen Spriet sollten dem Kläger nachträglich beschafft werden, sobald er derselben bedürfe und sie fordere.

Der erste Abschnitt der Entscheidungsgründe führt aus, daß das Ergebniß der Beweis- und Gegenbeweisführung objectiv nicht weiter, als zur Zuerkennung eines Reinigungseides, reiche. Der zweite Abschnitt lautet dahin:

Anlangend

II. die auf die Formulirung des Reinigungseides bezügliche Eventualbeschwerde, so war derselben zu entsprechen.

Zwar braucht ein richterlicher Eid nicht nothwendig dem Beweisthema sich anzuschließen, sondern es dürfen, je nach der Beschaffenheit des Beweisresultates, besondere Thatsachen zum Gegenstande desselben gemacht werden, wenn deren Beeidigung eine bessere Aufklärung zu liefern geeignet ist, als eine eidliche Erklärung einfach über den Beweissatz. Allein im vorliegenden Falle bietet der durch die Zeugen-Aussagen gelieferte Stoff keinen Anlaß zu einer sonstigen Abweichung vom Beweissatze, als zu der, welche schon das Handelsgericht bei Formulirung des Erfüllungseides vorgenommen hat, nämlich der Substituirung der Person des Procuristen Fischer als Urhebers des Versprechens, statt derjenigen des Beklagten selbst. Im Uebrigen dreht sich wesentlich Alles um den Inhalt des Beweissatzes, nämlich um das Zustandekommen einer Nachlieferungszusage.

Es bestehen indessen auch sachliche Bedenken gegen die Formulirung des Obergerichts.

Der Beklagte soll nach dieser beschwören, daß er nach den Mittheilungen Fischer's habe annehmen müssen und angenommen habe, daß ihm die in Rede stehende Verpflichtung nicht aufgelegt worden sei. Hierin ist der Sache nach

die Anordnung eines Glaubenseides zu erblicken. Denn wenn das Obergericht — gegenüber dem Zweifelsgrunde, daß der Kläger in der Lage ist, einen Wahrheitseid zu leisten — von einem Wahrheitseide des Beklagten über das ihm von seinem Procuristen Berichtete redet, so ist dies nicht zutreffend. Da der Beklagte bei dem zu beweisenden Vorgange persönlich nicht gehandelt hat, so ist ein Glaubenseid unvermeidlich; er ist indessen auch völlig gerechtfertigt, und zwar dies letztere, wie vom Ober-Appellations-Gericht öfters erkannt worden ist, wegen des objectiven Ergebnisses der Beweisführung, ungeachtet der Möglichkeit einer Eidesleistung der Gegenpartei auf Grund eigenen Wissens. Es ist aber auch kein Grund dazu vorhanden, hier anstatt die übliche Form des Glaubenseides zu wählen, bloß die Versicherung einer in der Vergangenheit liegenden und nicht einer jetzt noch fortdauernden Ueberzeugung eidlich erhärten zu lassen und dabei nur die Mittheilungen des Fischer in Betracht zu ziehen, da dem Beklagten, außer durch Fischer, andere Kunde über die Vorgänge zugekommen und er z. B. durch Aeußerungen der Zeugen, des Klägers selbst, oder durch die Combination sonstiger Umstände zu der Ueberzeugung gelangt sein kann, daß die ihm gemachten Fischer'schen Mittheilungen dem wirklichen Sachverhalte nicht entsprochen haben.

Außerdem besteht das Bedenken, daß in Demjenigen, was der Beklagte als den Inhalt seiner Ueberzeugung versichern soll, der Thatsache eines von Fischer an den Kläger gegebenen Nachlieferungsversprechens überhaupt keine Erwähnung geschieht, während es doch gerade diese Thatsache ist, um welche es sich handelte. Statt dessen ist allgemein die rechtliche „Verpflichtung" zur Nachlieferung als Gegenstand der negativen, das „Erlöschen" derselben mit Ablauf eines jeden Monats als Gegenstand der positiven Versicherung hingestellt worden; eine Formulirung, durch welche, wie von selbst einleuchtet, manchen Hintergedanken Raum geben wird.

Wie wenig auch der klägerische Anwalt zur Ausführung der Eventualbeschwerde vorgebracht hat, so war diese doch

im Wesentlichen auf den richtigen Punkt gestellt, und mußte der Eid in Folge dessen, im Anschluß an die bisherige Praxis des Ober-Appellations-Gerichts,

Zimmermann, der Glaubenseid. S. 446 ff.,

so, wie im Erkenntnisse geschehen, formulirt werden.

---

30. Lübeck.

Strafsache wider **Johann Friedrich Wilhelm Stech** zu Sierksrade und Genossen, Zolldefraudation betreffend.

In dieser Sache wurde vom Ober-Appellations-Gericht am 6. April 1869 ein Vorerkenntniß wegen der Formalien erlassen, woraus das Nöthige sich bei Mittheilung der Hauptsache (№ 52 des gegenwärtigen Jahrg.) bemerkt findet.

---

31. Bremen.

Der **Staatsanwalt in Civilsachen** zu Bremen, Kläger, wider **Johann Friedrich Arens** daselbst, Beklagten, Schifffahrtsabgabe, jetzt Appellabilität betreffend.

Darüber, was bei Berechnung der Appellationssumme als Streitgegenstand in Anschlag zu bringen ist, entscheidet der Umfang der aus dem angefochtenen Erkenntniß entstehenden Rechtskraft; der Einfluß, den dasselbe als Präjudicat für gleichartige Fälle haben kann, darf nicht in Betracht gezogen werden.

Der Bremische Rheder J. Fr. Arens weigerte sich mit Berufung auf Art. 54 der norddeutschen Bundesverfassung,

von der mit seinem Schiff Leopoldine im Juni 1868 in Bremerhaven angebrachten Ladung die in der Bremischen Verordnung vom 8. April 1840 bestimmte Schifffahrtsabgabe zu bezahlen, wurde auf deßhalb vom Staatsanwalt in Civilsachen erhobene Klage zwar vom Untergericht freigesprochen, vom Obergericht aber am 28. Januar 1869 verurtheilt. Die dagegen ergriffene Appellation wurde durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichtes vom 10. April 1869:

„in Erwägung,

1) daß die Einführungsfrist, da der letzte Tag derselben auf den Grünendonnerstag fiel, welcher ebenso wie der Charfreitag in Lübeck als voller kirchlicher Festtag gefeiert wird, nach § 22 und 102 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung als bis zum 27. März erstreckt anzusehen war und sonach durch Einreichung des Libelles an diesem Tage gewahrt worden ist;

2) daß die in dem angefochtenen obergerichtlichen Erkenntniß ausgesprochene Verurtheilung, nach Angabe des Libelles übereinstimmend mit der Klagbitte, nur auf Entrichtung der Schifffahrts-Abgabe von einer einzelnen bestimmten Schiffsladung, der im Juni v. Js. auf dem Schiff Leopoldine angekommenen, gerichtet ist, und diese Abgabe nach der eignen Erklärung des Beklagten die Summe von 300 ℛ︁ längst nicht erreicht, vielmehr unter 30 ℛ︁ bleibt und vom Kläger nur auf 19 ℛ︁ berechnet worden sein soll, bei diesem Zugeständniß auch die mit der Verurtheilung verbundene Auflage vorgängiger Einreichung einer ordnungsmäßigen Gewichts-Aufgabe für die Entscheidung über die Appellabilität unerheblich erscheint;

3) daß die auf Grund der Verordnung vom 8. April 1840 klagend geltend gemachte Abgabe-Pflicht eine für jeden einzelnen Fall seewärts angebrachter Güter unmittelbar gesetzlich eintretende Obligation ist, welche mit dem factischen Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzung stets neu entsteht, und nicht etwa ihren Grund in einem die Person oder das Vermögen des Beklagten dauernd belastenden Verpflichtungsverhältnisse hat, von welchem die wiederkehrenden Fälle

der Abgaben-Entrichtung nur einzelne Ausflüsse wären; sonach die in den verschiedenen concreten Fällen entstehenden Obligationen nichts als die Anwendung des nämlichen Gesetzes mit einander gemein haben, und nicht connexe, sondern nur gleichartige Verpflichtungen sind, weßhalb auch die gerichtliche Entscheidung eines solchen Falles für andere, selbst bei der nämlichen Person vorkommende Fälle keine Rechtskraft erzeugt;

4) daß, wie das Ober-Appellations-Gericht von jeher anerkannt hat, eben der Umfang der Rechtskraft darüber entscheidet, was bei Berechnung der Appellationssumme als Streitgegenstand in Anschlag zu bringen ist, und die noch so nahe liegende Möglichkeit, daß das angefochtene Erkenntniß ein ungünstiges Präjudicat für gleichartige Fälle bilden werde, dabei nicht in Betracht gezogen werden darf;

vgl. Wunderlich, Jurisp. in Lüb. Rechtsf., Bd. 2 S. 212, 216, 237 f., 239—242.
Hamb. Samml. der O.-A.-Ger.-Erk., Bd. 5 S. 146,

daß nach dem Allen der Mangel der Appellationssumme bereits aus den Angaben des Libelles genügend hervorgeht;" als nicht an das Ober-Appellations-Gericht erwachsen zurückgewiesen.

---

32. Hamburg.

J. J. **Blumenthal** zu Hamburg, Kläger, wider **M. Strauß** daselbst, Beklagten, Forderung betreffend.

Concurrenz einer Delictsklage mit der Contractsklage. — Gehört es zum Wesen der Societät, daß jedem Socius als solchem Verfügungsrecht über diejenigen Vermögenstheile, auf welche die für den Zweck des Unternehmens erforderlichen Handlungen zu richten sind, zusteht?

Der Beklagte, der seine Zahlungen hatte einstellen müssen, hatte mit dem Kläger die Verabredung getroffen, daß Letzterer Geschäfte mit seinen, des Beklagten, Kunden, welche er selbst in Folge seiner Insolvenz nicht machen konnte, eingehen und ausführen sollte, und zwar mit einer Betheiligung des Beklagten am Gewinn und Verlust.

In der Klage wird nun erzählt, daß Kläger in Folge dieses Arrangements von ihm selbst gekaufte und bezahlte Waaren unter seinem eignen Namen an M. Ferguson in Leith versandt, dieser den Empfang wegen Ausstellungen an der Waare geweigert, und nach fruchtloser Correspondenz der Beklagte darauf eigenmächtig sich die Waaren habe ausliefern lassen, solche sodann verkauft und den Kaufpreis für sich behalten habe, weßhalb nunmehr der Facturabetrag klagend gefordert wird.

Auf Grund zweier von dem Beklagten vorgeschützten Einreden hatte das Niedergericht demselben im Erkenntniß vom 28. Septbr. 1868 folgende alternativ oder cumulativ zu führende Beweise nachgelassen, nämlich

1) daß er, Beklagter, mit dem Kläger rücksichtlich des hier fraglichen Geschäfts in einem Societätsverhältniß gestanden habe;

2) daß der Kläger ihn zum Verkauf der fraglichen Waare beauftragt oder sonst ihm die Disposition über diese Waare überlassen habe.

Vom Obergerichte ward dagegen der sub 1) normirte Beweis durch Erkenntniß vom 29. Januar 1869 in Wegfall gebracht, und diese Entscheidung ward vom Ober-Appellations-Gericht am 13. April 1869 bestätigt, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Der Beklagte hat unter

I. und II. seiner Appellationsausführung die Ansicht aufgestellt, daß die wider ihn erhobene Klage nur als eine reine Delictsklage, speciell als condictio furtiva, aufgefaßt werden könne, daß aber eine Klage dieser Art ohne Weiteres dadurch

ausgeschlossen werde, wenn zwischen den Parteien ein auf den Gegenstand, in Betreff dessen die Widerrechtlichkeit des Beklagten begangen sein solle, bezügliches Contracts-Verhältniß — hier eine Societät — bestanden habe. Der Beklagte beantragt aus diesem Grunde die Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses in Betreff der ihm darin verstatteten ersten Beweisalternative (daß er mit dem Kläger rücksichtlich des hier fraglichen Geschäfts in einem Societätsverhältnisse gestanden habe) und bezeichnet die Klage als eine aus dem angegebenen Grunde formell unzulässige. Den Ausführungen des Beklagten kann nicht beigepflichtet werden. Gesetzt, der Kläger hätte eine reine Delictsklage angestellt, nämlich ausschließlich die Widerrechtlichkeit, deren sich der Beklagte durch die Verfügung über die fragliche Waare schuldig gemacht habe, als die Grundlage seines Klaganspruches behandelt, so würde die Klage nicht dadurch unstatthaft werden, wenn in Betreff der Waare irgend ein contractlicher Nexus unter den Parteien — etwa eine Societät — bestanden haben sollte. Zwar würde es ohne Zweifel in solchem Falle dem Kläger freistehen, die ihm von dem Beklagten zugefügte Verletzung mittelst der Contractsklage zu verfolgen, allein es wäre kein Grund dazu vorhanden, ihn von der Delictsklage auszuschließen. Der Socius, der Mandant u. s. w., welcher von seinem Mit-Socius, dem Mandatar u. s. w., durch ein doloser Weise verübtes Delict oder durch Aquilische culpa verletzt wird, kann beliebig die Contractsklage oder die Delictsklage, resp. die Klage wegen Aquilischer culpa anstellen. Speciell die Concurrenz der actio pro socio und condictio furtiva anlangend, so wird dieselbe anerkannt in

L. 45 und 47 Dig. pro socio 17, 2.

Uebrigens ist auch das unrichtig, wenn der Beklagte die Klage als eine reine Delictsklage in dem Sinne bezeichnet, daß der Kläger bei Anstellung derselben von der Abwesenheit eines jeden contractlichen Nexus zwischen den Parteien ausgegangen sei. Der Beklagte hat im Gegentheil angegeben, daß das mit Ferguson gemachte Geschäft auf Veran-

lassung des Beklagten unternommen worden sei und dieser, auf Grund einer deßfallsigen Verabredung der Parteien, nach Realisirung der Waare an dem Gewinn- oder Verlust-Ergebnisse zu participiren gehabt haben würde.

Darauf, ob jenes Contracts-Verhältniß, wenn es sich so, wie angegeben, verhielte, als eine Societät anzusehen sei, oder ob ein Proxeneten-Verhältniß des Beklagten zum Kläger vorgelegen habe, sowie, ob der Kläger, möge das rechtliche Verhältniß zwischen den Parteien auf die eine oder andere Weise qualificirt werden können, auf Grund seiner Angaben berechtigt gewesen sei, die Principien der negotiorum gestio,

L. 6 § 3 Dig. de neg. gest. 3, 5,

zur Anwendung zu bringen, braucht hier nicht eingegangen zu werden.

So wenig das etwaige Bestehen eines Societätsverhältnisses zwischen den Parteien zufolge des Vorstehenden die Klage formell unzuläſſig machen würde, ebensowenig könnte diesem Umstande

III. materiell die Wirkung beigelegt werden, die erhobene Klage zu zerstören.

Das Niedergericht nimmt an, die beklagtische Besitzergreifung der (wie rechtskräftig feststeht) im ausschließlichen Eigenthum des Klägers befindlich gewesenen und im alleinigen Namen desselben an Ferguson gesandten Waare und die weitere Verfügung über dieselbe durch Verkauf und Einziehung des Kaufpreises seitens des Beklagten würden gerechtfertigt sein nicht nur, wenn der Kläger den Letzteren zu solchen Vornahmen autorisirte, sondern schon dann, wenn in Betreff des fraglichen Geschäfts eine Societät zwischen den Parteien bestanden haben sollte. Dieser Auffassung würde man nur unter der Voraussetzung beistimmen können, wenn es zum Wesen der Societät gehörte, daß jedem Socius, als solchem, Verfügungsrecht über diejenigen Vermögenstheile, auf welche die für den Zweck des Unternehmens erforderlichen Handlungen zu richten sind, zustehe. Dies kann indessen weder nach gemeinem Recht, noch auch auf Grund der hier zunächst

zur Anwendung kommenden Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs angenommen werden. Das gemeine Recht statuirt Societäten in den verschiedenartigsten Gestaltungen und bindet in Betreff der inneren Verhältnisse die Socii an die über den Betrieb des gemeinsamen Unternehmens getroffenen Verabredungen,

L. 17 pr. D. pro socis, 17, 2,

so daß es von dem Inhalt des Societätsvertrages abhängt, ob allen Sociis oder ob nur einem oder einigen von ihnen die Gestion der gemeinschaftlichen Angelegenheiten zustehe. Nicht minder liegt diese Auffassung dem Handelsgesetzbuche zu Grunde. Ist es freilich ein Naturale der offenen Gesellschaft, daß die Geschäftsführung allen Sociis zustehe, so kann doch selbst bei dieser das Gegentheil wirksam vereinbart werden (Art. 199); bei der stillen Gesellschaft betreibt der Inhaber des Handelsgewerbes die Geschäfte ausschließlich und ist alleiniger Eigenthümer, wie der von ihm selbst, so auch der von seinem Socius eingelegten Vermögenstheile (Art. 251, 252) und in Fällen der „Vereinigung Mehrerer zu einzelnen Handelsgeschäften für gemeinschaftliche Rechnung" — derjenigen Societät, von welcher allein, wenn überhaupt eine solche hier bestanden haben sollte, die Rede sein könnte — ist nach den Artikeln 266—270 von einem Naturale der vorgedachten Art Nichts vorhanden, vielmehr Alles der besonderen Verabredung der Betheiligten überlassen, und im Art. 269 insbesondere bestimmt, daß aus Geschäften, welche ein Theilnehmer mit einem Dritten geschlossen hat, nur der abschließende Theilnehmer selbst berechtigt und verpflichtet werde. Die bloße Existenz irgend einer Societät zwischen den Parteien ist hiernach unzulänglich, um die Klage unbegründet erscheinen zu lassen. Mit Recht hat deßhalb das Obergericht den Beklagten auf die zweite Beweisalternative des Niedergerichts, „daß der Kläger ihn mit dem Verkauf der fraglichen Waare beauftragt oder sonst ihm die Disposition über dieselbe überlassen habe," beschränkt.

Die Grundlosigkeit der Appellation des Beklagten hatte die Verurtheilung desselben in die Kosten dieser Instanz zur Folge.

Hamburg. 33.

Franz Eduard Grimm zu Hamburg, Kläger, wider Christoph Eckardt Franz Waldt zu Barmbeck bei Hamburg, Beklagten, Verkauf eines Grundstücks betreffend.

---

1) Duae conformes. Ist verschieden darüber geurtheilt worden, wie viel Thatsachen zur Begründung der Klage gehören, so kann nicht etwa in Bezug auf denjenigen Thatbestand, welchen beide Instanzen für erforderlich gehalten haben, eine theilweise Conformität angenommen werden.

2) Hat sich der Beklagte bei dem die Klage zum Beweis zulassenden Erkenntniß erster Instanz beruhigt, so kann er, im Fall einer vom Kläger in zweiter Instanz hinsichtlich der Beweisnormirung erwirkten reformatoria, in dritter Instanz die gegen die Haltbarkeit der Klage sprechenden Gründe zwar nicht mehr zum Zweck der Klagabweisung, aber doch zur Beseitigung der ihm nachtheiligen veränderten Beweisnormirung geltend machen.

3) Nach feststehendem Hamburgischen Gerichtsgebrauch wird in zweiter Instanz eine Adhäsion überall nicht zugelassen, auch vor Erlaß einer reformatoria die Vernehmung des Appellaten nicht nothwendig vorausgesetzt.

4) Wer in eignem Namen contrahirt hat, braucht bei Geltendmachung des Contracts nicht erst noch zu beweisen, daß er für eigne Rechnung gehandelt habe; auch die Einrede, daß er für Rechnung eines andern Geschäftsherrn contrahirt habe, findet mindestens so lange nicht statt, als er seinem Principal für die Ausführung des Geschäfts verantwortlich ist.

5) Der Umstand, daß eine Partei in eignem Namen contrahirt habe, gehört allerdings bei Geltendmachung des Contracts zum Klaggrund, kann aber, bis ein anderer Sachverhalt dargethan wird, schon durch den Nachweis constatirt

werden, daß die Partei ohne irgend eine Erklärung darüber, ob sie in eignem oder fremden Namen auftrete, den Vertrag abgeschlossen habe.

6) Die Ansicht, daß in allen Fällen, in denen ein Forderungsberechtigter zur Cession an einen Dritten verpflichtet ist, dieser Dritte die Forderung ohne Weiteres für sich geltend machen dürfe, ist in solcher Allgemeinheit nicht zu billigen.

Rechtsfall. F. E. Grimm zu Hamburg klagte beim dortigen Niedergericht gegen Chr. E. F. Waldt zu Barmbeck auf Vollziehung eines im September 1867 über einen Bauplatz mit diesem abgeschlossenen Kaufcontractes, indem er anführte, Beklagter habe nicht nur einen Gottespfennig von 1 ℳ erhalten, sondern auch einen vom Kläger aufgesetzten Verpflichtungsschein unterzeichnet, der später ungehöriger Weise vom Makler F. dem Beklagten ausgehändigt und von diesem vernichtet worden sei, aber ungefähr so gelautet habe:

> „Verkaufte an Herrn F. E. Grimm in Hamburg und verpflichte mich auf den von ihm seiner Zeit zu nennenden Namen umschreiben zu lassen, meinen an — — belegenen Bauplatz u. s. w. Die Zinsen zu Lasten des Herrn Käufers von Michaelis a. c. à 5 % und bleibt der Kaufpreis verzinslich stehen."

Der Beklagte erwiderte, der Kläger habe den Platz für J. F. Ahlers und in dessen Auftrage gekauft, und letzteren auch nachher mehrfach als den wirklichen Käufer bezeichnet. Insbesondere habe Kläger am 10. October in einem Gespräch an der Börse, an welchem die beiden Makler F. und R. Theil genommen, bestätigt, daß der mitanwesende Ahlers der wirkliche Käufer sei, und den Makler R. aufgefordert, nunmehr eine ordnungsmäßige Punctation zu entwerfen. Bei dieser Gelegenheit habe Kläger auch den vom Beklagten unterzeichneten Schein, der übrigens den Kläger gar nicht genannt, auch sonst nicht völlig so, wie vom Kläger angegeben, gelautet habe, für erloschen erklärt, und Beklagter habe denselben später, nachdem die Punctation zwischen ihm und

Ahlers vollzogen worden, als werthlos bei Seite geworfen. Die Richtigkeit dieser Erzählung werde durch folgendes (als Anl. A producirtes) Billet des Klägers an den Makler F. außer Zweifel gesetzt:

„Herrn F. ersuche um Ausfertigung der Schlußnota F. Waldt mit Joh. Fr. Ahlers, um solche beiden Herren ehestens zuzustellen. Nämlich (kurze Beschreibung des Bauplatzes). F. E. Grimm,
d. 2. October 67."

Beklagter leugne sonach, daß Kläger für sich und in eignem Namen das fragliche Grundstück zu den angegebenen Bedingungen gekauft habe. — Der Kläger stellte dem gegenüber gänzlich in Abrede, daß er je den Ahlers als Käufer oder sich als dessen Vertreter ausgegeben, oder später sich mit Ahlers' Eintritt an seiner Stelle einverstanden erklärt habe. Nur so viel sei richtig, daß Kläger in Betreff des fraglichen Bauplatzes ein à conto meta-Geschäft mit Ahlers gemacht habe, wonach Kläger zwar den Platz für sich habe kaufen, den aus späterem Wiederverkauf erwachsenden Gewinn aber mit Ahlers theilen sollen; ferner, daß er sich mit Ahlers dahin vereinigt habe, den Platz auf dessen Namen schreiben zu lassen, indem er sich entschlossen habe, ihm das Grundstück gegen Abfindung mit Antheil am Gewinn zu überlassen. Das Billet Anl. A ergebe weiter nichts, als daß Kläger das ihm als Käufer zustehende Recht ausgeübt habe, die Lieferung des Kaufobjects an einen Dritten statt seiner zu verlangen; und an dem behaupteten Börsengespräch sei nichts weiter wahr, als daß Kläger die von den beiden Maklern an ihn gerichtete Frage, ob Ahlers den Platz von ihm haben solle, bejaht habe.

1) Das Niedergericht

zog in seinem Erkenntniß vom 31. Januar 1868 in Erwägung, der Klaggrund sei geleugnet und der Streit über den Inhalt des ursprünglichen Verpflichtungsscheines im Beweisverfahren zu berücksichtigen, auch folge aus der Anl. A nicht ohne Weiteres, daß Kläger im Namen von Ahlers gekauft habe,

doch sei dem Beklagten die Einrede, daß Kläger den Abschluß des Kaufs im Namen des Ahlers anerkannt habe, zum Beweis zu verstellen, während der Umstand, daß der Kläger den Verpflichtungsschein für erloschen erklärt haben solle, für die Frage, ob der Kläger den Platz für seine Rechnung gekauft habe, an sich bedeutungslos sei und nur für ein etwaiges Editionsverfahren erheblich werden könnte. Hiernach wurde dem Kläger der Beweis auferlegt:

> daß Kläger für sich und in eignem Namen den fraglichen — Angabe der Lage und Größe — Bauplatz des Beklagten zum Preise von 12 ß Bco. per □Fuß nebst 41 ℔ 8 ß jährlicher Rente, oder 8 ß per laufenden Fuß an der Hamburger Straße, und mit der Condition, daß die Zinsen von Michaelis 1867 ab zu Lasten des Käufers, der Kaufpreis aber verzinslich stehen bleiben solle, von dem Beklagten gekauft habe,

dem Beklagten nicht nur der directe Gegenbeweis namentlich auch dahin,

> daß Kläger den fraglichen Platz Namens des J. F. Ahlers von ihm gekauft habe,

sondern auch der Einredebeweis reprob. salva für Kläger vorbehalten,

> daß Kläger dem Beklagten gegenüber anerkannt habe, den in Rede stehenden Platz für Rechnung des Ahlers vom Beklagten gekauft zu haben.

Dem Kläger sei es unbenommen, mit dem ihm auferlegten Beweise auch den Beweis zu erbringen,

> daß er den für seine Rechnung mit dem Beklagten geschlossenen Handel Diesem mit 1 ℛ begottespfennigt habe.

Der Kläger appellirte und verlangte zunächst, daß ihm nur der Beweis, den Kauf überhaupt abgeschlossen zu haben, auferlegt und dem Beklagten der Beweis, daß Kläger alieno nomine contrahirt habe, nachgelassen werde, eventuell, daß die Beweise nur auf das Contrahiren in eignem oder fremdem Namen, nicht für eigne oder fremde Rechnung gerichtet würden.

2) Das Obergericht

entsprach mittelst Erkenntnisses vom 25. Mai 1868 der Eventualbeschwerde, indem es aus dem klägerischen Hauptbeweis die Worte „für sich und" beseitigte, und im Einrede-Beweis sowie in dem klägerischen Nebenbeweise statt „für Rechnung" die Worte „im Namen," resp. „in seinem Namen," substituirte. In den Gründen wurde nur kurz bemerkt, daß das niedergerichtliche Erkenntniß im Uebrigen zu billigen sei, es jedoch nur darauf ankomme, ob Kläger den Kauf in seinem Namen, nicht darauf, ob er ihn für sich geschlossen habe.

Auf Appellation des Beklagten und Adhäsion des Klägers erkannte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 13. April 1869 bestätigend aus folgenden Gründen.

I. Der Beklagte hat gegen das Obergerichts-Erkenntniß, durch welches die niedergerichtliche Entscheidung nur hinsichtlich der Fassung der den Parteien auferlegten Beweise abgeändert wurde, vier Beschwerden aufgestellt, wovon

1) die erste auf Abweisung der Klage überhaupt oder mindestens angebrachtermaßen gerichtet ist. Was hier zunächst

a) die formelle Statthaftigkeit der Beschwerde betrifft, so würde dieselbe freilich aus dem Gesichtspunkte der duae conformes nicht verneint werden können. Denn die vom Obergericht vorgenommene Veränderung des dem Kläger auferlegten Beweises beruht darauf, daß über die rechtliche Begründung der Klage von den beiden vorigen Gerichten verschieden erkannt wurde. Während das Niedergericht davon ausging, die erhobene Klage sei nur begründet, wenn der Kläger das fragliche Grundstück nicht bloß in eignem Namen, sondern auch für eigne Rechnung gekauft habe, hält das Obergericht es für genügend, wenn er nur in eignem Namen kaufte. Unverkennbar liegt hier eine wesentlich abweichende Auffassung des Klaggrundes vor; nach der einen Auffassung werden für den Anspruch des Klägers mehr, nach der andern weniger Thatsachen vorausgesetzt, und dabei kann von einer

Trennung des conform und des difform Erkannten nicht die Rede sein; vielmehr müßte es dem Beklagten immer noch freistehen geltend zu machen, daß weder die geringeren noch die vermehrten Voraussetzungen geeignet seien, den Anspruch rechtlich zu begründen, also auf Klagabweisung anzutragen. Allein der Gesichtspunkt der duae conformes ist hier nicht der entscheidende, da der Beklagte gegen das Niedergerichts-Erkenntniß kein Rechtsmittel ergriffen hat. Vielmehr fragt sich lediglich, ob die jetzige Beschwerde eben durch die Beruhigung des Beklagten bei dem Erkenntniß erster Instanz ausgeschlossen werde; und das konnte nur bejaht werden, da der Beklagte durch Nichtergreifen eines Rechtsmittels sich für den Fall, daß der Kläger den vom Niedergericht normirten Hauptbeweis führen, er, Beklagter, aber den vorbehaltenen (directen oder indirecten) Gegenbeweis nicht erbringen sollte, der in dieser Weise bedingten Verurtheilung unterworfen hat.

Vergl. Hamb. Japha c. Joseph. April 1866. (Kierulff, Samml. II. S. 218.)

Auch der vom Beklagten beschwerend hervorgehobene Umstand, daß ihm theils durch eine Ordnungswidrigkeit des Gegners, theils durch das Verfahren des Obergerichts die Gelegenheit zur Adhäsion entzogen worden sei, vermag an diesem Ergebniß schon deßhalb nichts zu ändern, weil, wie Kläger mit Recht erinnert hat, nach einem in Hamburg bestehenden festen, auch vom Ober-Appellations-Gericht anerkannten Gerichtsgebrauch eine Adhäsion in zweiter Instanz überhaupt nicht zugelassen wird.

S. Gries, Comm. I., S. 182—185.

Vischer c. Rücker. October 1849.

Hamb.-Amerikan. Packetfahrt-Actien-Gesellsch. c. Laeisz u. Cons. Mai 1868.*)

Dagegen leidet es keinen Zweifel, daß der Beklagte, worauf er sich eventuell beruft, durch seine Beruhigung bei dem niedergerichtlichen Erkenntniß nicht gehindert war, die Gründe, welche seiner Ansicht nach die Verwerflichkeit der

---

*) S. die gegenw. Samml., Bd. 4 S. 413.

Klage ergeben sollen, zum Zweck der Beseitigung der obergerichtlichen reformatoria auch jetzt noch geltend zu machen, wie dies wiederholt vom Ober-Appellations-Gericht anerkannt worden ist; denn dies folgt von selbst daraus, daß in der dargethanen Verwerflichkeit der Klage zugleich der Nachweis läge, daß schon die niedergerichtliche Entscheidung eine für den Kläger zu günstige gewesen sei.

Wurde aus diesem letzteren Grunde

b) eine materielle Prüfung der Beschwerde erforderlich, so stellte sich dieselbe als unbegründet dar.

Daß der ursprüngliche Klagvortrag in Bezug auf die verlangte Zuschreibung des Grundstücks an den Kläger schlüssig gewesen sei, erkennt der Beklagte selbst an und rügt nur, daß die Klagbitte alternativ auf Zuschreibung „an die Ordre" des Klägers gerichtet sei, eine Rüge, die, wenn überhaupt begründet, doch nur die Beseitigung dieses Zusatzes, aber nicht die Verwerfung der Klage zur Folge haben könnte. Abgesehen hiervon stützt der Beklagte seine Beschwerde darauf: aus dem, was der Kläger selbst in der Replik über seine Verabredung mit Ahlers erzählt, was er ferner über die excipiendo zur Sprache gebrachte Unterredung vom 10. October an der Börse eingeräumt habe, sowie in Verbindung damit aus dem in seiner Echtheit nicht bestrittenen Billet Anl. A ergebe sich, daß der Kläger zur Geltendmachung der Ansprüche aus dem abgeschlossenen Kauf entweder von Anfang an nicht berechtigt gewesen sei oder seine Berechtigung dazu doch im Laufe der Verhandlungen verloren habe.

Dem gegenüber ist jedoch zunächst soviel gewiß, daß der Kläger in der Replik auf das Bestimmteste geleugnet hat, sowohl daß er den ursprünglichen Kaufvertrag im Namen oder auch nur im Auftrage von Ahlers abgeschlossen habe, als auch, daß er später in den Verhandlungen mit dem Beklagten jemals als Vermittler oder Unterhändler für Ahlers aufgetreten sei, oder anerkannt habe, in dieser Eigenschaft zu handeln. Es könnte sich also nur fragen, ob aus den vom Kläger eingeräumten Thatsachen sich bereits als fest-

stehend ergebe, daß der Beklagte von seiner Vertragsverbindlichkeit gegen den Kläger später befreit worden sei, sei es, daß der Kläger seine Rechte aus dem Kaufvertrag an Ahlers cedirt hätte und diese Cession dem Beklagten denunciirt wäre, sei es, daß ein novirender Vertrag über den Eintritt des Ahlers unter den drei Betheiligten zu Stande gekommen wäre. Denn, daß die eine wie die andere dieser Voraussetzungen das Klagrecht des Klägers ausschließen würde, ist selbstverständlich, und es erscheint deßhalb unerheblich, wenn das Niedergericht bemerkt, wegen der Möglichkeit solcher Vorgänge liefere die Anl. A noch nicht den Beweis, daß der Kläger das fragliche Grundstück Namens des Ahlers gekauft habe. Alle exceptivischen Behauptungen nun, welche auf ein mittelst Novation erfolgtes Ausscheiden des Klägers aus der ursprünglichen Vertragsobligation hingingen — Ahlers sei mit Einwilligung des Klägers an dessen Stelle in das Geschäft eingetreten, Kläger habe den Schein Anl. 1 für erloschen erklärt u. s. w. —, hat der Kläger in der Replik ebenso bestimmt geleugnet, wie den anfänglichen Abschluß im Namen von Ahlers.

Eher hat es einigen Anschein, als enthalte die vom Beklagten jetzt hervorgehobene Stelle der Replik das Zugeständniß einer Cession des Klägers an Ahlers, und als beruhe eben darauf die an dieser Stelle erläuterte und implicite als echt anerkannte Anl. A. Ginge man hiervon aus, so würde es dann nur noch auf die Frage ankommen, ob in dem Vorgang des 10. October an der Börse, soweit Kläger denselben in der Replik eingeräumt hat, eine dem Beklagten gemachte Denunciation der Cession zu finden sei. Es konnte indessen weder das Eine noch das Andere als begründet angesehen werden. Der Kläger hat in der Replik doch nicht mehr zugestanden, als daß er mit Ahlers übereingekommen sei, den gekauften Platz, gegen eine Abfindung, auf dessen Namen schreiben zu lassen, und diese Uebereinkunft sei zur Vereinfachung dienlich gewesen, weil sonst zwei Contracte, einer zwischen den jetzigen Parteien, und ein

zweiter zwischen Kläger und Ahlers hätte aufgesetzt werden müssen. Lautete die Verabredung zwischen dem Kläger und Ahlers wirklich nur in der angegebenen Weise, so schloß sie nicht nothwendig eine Cession der dem Kläger gegen den Beklagten zustehenden Rechte in sich; es konnte ebenso gut der Sinn derselben der sein, daß das Verhältniß des Klägers zum Beklagten ganz unverändert zu bleiben habe, Kläger aber die ihm in Folge dessen zukommende Vertragsleistung dem Ahlers überlassen, mit andern Worten diesem das Grundstück weiter verkaufen wolle. Ein Weiterverkauf kann schon vor Erfüllung des ursprünglichen Kaufs zum Abschluß kommen, ohne daß der erste Käufer nöthig hätte, sein Klagrecht ex emto dem zweiten Käufer zur Ausübung abzutreten. Ob dabei der erste Käufer sich durch eine Clausel seines Contractes die directe Lieferung des Gegenstandes an den zweiten Käufer möglich gemacht, resp. erleichtert hat oder nicht, das kann für die vorliegende Frage keinen Unterschied machen; und ebensowenig kann es für die privatrechtliche Beurtheilung in Betracht kommen, ob in einem Verfahren der bezeichneten Art etwa eine Pflichtverletzung gegen die Finanzbehörde gelegen hätte. Nun ist freilich in Anl. A nicht, wie der Kläger es darzustellen sucht, eine Anweisung an den Beklagten, das gekaufte Grundstück an Ahlers zu liefern, sondern vielmehr das Ersuchen an den mit der Sache betrauten Makler enthalten, die Schlußnote zwischen dem Beklagten und Ahlers auszufertigen, um sie diesen Beiden nächstens zuzustellen. Der Kläger wirkte somit selbst auf einen zwischen Beklagtem und Ahlers direct zu errichtenden Contract hin. Allein wenn wirklich zwischen dem Kläger und Ahlers nichts anders als ein Weiterverkauf verabredet war, und zwar mit der erleichterten Form der directen Zuschreibung des Grundstücks an Ahlers, dann stellt sich der Inhalt der Anl. A nur als Vollziehung dieser Verabredung dar, ohne daß sich deßhalb auf irgend eine Veränderung in dem Verhältniß der jetzigen Parteien und die Absicht einer Cession der Contractsrechte des Klägers an Ahlers schließen ließe.

Ebensowenig kann in dem Gespräche vom 10. October, soweit es vom Kläger zugestanden worden ist — selbst angenommen, es wäre eine Cession vorausgegangen —, eine Denunciation derselben an den Beklagten gefunden werden. Denn einestheils hat der Kläger nicht eingeräumt, daß der Beklagte selbst bei dieser Unterredung zugegen gewesen sei, und eine Mittheilung an den Makler Ranck konnte, auch wenn Letzterer im Allgemeinen mit der Wahrnehmung des beklagtischen Interesses beauftragt war, einer Denunciation an den Beklagten nicht gleichgestellt werden; anderntheils will der Kläger auch nur auf eine Frage der beiden Makler erklärt haben, daß Ahlers den Platz (das gekaufte Grundstück) von ihm haben solle, was also wieder nur den Willen einer weiteren Ueberlassung der gekauften Sache an Ahlers, aber nicht den Willen einer Abtretung der klägerischen Rechte aus dem Kaufvertrag erkennen läßt.

Liegt hiernach weder das Zugeständniß einer denunciirten Cession, noch das Geständniß einer Novation vor, so war auch kein Grund zur Abweisung der Klage gegeben; während die Frage, ob und wieweit dem Beklagten das gegen ihn rechtskräftige niedergerichtliche Interlocut Gelegenheit bieten wird, die bisher besprochenen Thatumstände demnächst im Beweisverfahren zu benutzen, außer dem Kreise der gegenwärtigen Beurtheilung liegt.

2) Die zweite Beschwerde des Beklagten geht dahin, daß dem Kläger außer den übrigen Beweisen auch noch der Beweis aufzuerlegen gewesen wäre, daß er den Kaufvertrag mit dem Beklagten à conto meta mit Ahlers abgeschlossen habe.

Auch diese Beschwerde ist aus dem oben unter 1) a bemerkten Grunde, in Folge der Beruhigung des Beklagten bei dem niedergerichtlichen Erkenntniß, eine unstatthafte, und sie könnte ebenfalls nur für die Frage in Betracht kommen, ob vom Niedergericht nicht schon zu günstig für den Kläger erkannt worden sei. Auch das mußte jedoch verneint werden. Der Beklagte meint, selbst wenn Kläger in eignem Namen, in Wahrheit aber lediglich für fremde Rechnung

gekauft hätte, würde ihm jedes rechtliche Interesse an der Vertragserfüllung fehlen, die Befugniß zur Klagerhebung also abgesprochen werden müssen. Allein mit Unrecht. Denn wie keiner weiteren Ausführung bedarf, hat Jeder, welcher in eignem Namen contrahirte, also sich eine contractliche Leistung versprechen ließ, eben damit auch das Recht begründet, von seinem Mitcontrahenten als an der Erfüllung interessirt angesehen zu werden, ohne erst noch einen Beweis des Handelns für eigne Rechnung liefern zu müssen; und soweit überhaupt der Mangel eignen Interesses in Betracht kommen könnte, würde er immer nur den Gegenstand eines Einredebeweises für den Gegner bilden.

3) Die dritte Beschwerde besteht darin, daß dem Beklagten nicht verstattet worden sei, eine Gegenschrift gegen den klägerischen Appellationslibell (voriger Instanz) einzubringen, bezüglich dem Rechtsmittel zu adhäriren, und daß ohne Gehör des Beklagten eine reformatoria ergangen sei.

Der vom Kläger gegen diese Beschwerde erhobene Einwand, daß der Beklagte wegen der ohne seine Vernehmlassung ergangenen reformatoria zwar Nichtigkeit behauptet, aber keinen Cassationsantrag gestellt habe, verdient keine Beachtung. Denn mittelst der Appellation dürfen auch Nichtigkeitsgründe, sowie Erinnerungen gegen die Spruchreife der Sache geltend gemacht werden, und der Beklagte hat eben in der Beschwerde und deren Ausführung den Antrag gestellt, unter einstweiliger Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses vorerst das Verfahren zweiter Instanz zu vervollständigen.

Die Beschwerde war jedoch unbegründet. Man kann ganz davon absehen, daß der Beklagte auch hier seine Verletzung lediglich darin findet, daß ihm die Gelegenheit zu einer Adhäsion entzogen worden sei, die, wie bemerkt, doch unzulässig gewesen wäre. Jedenfalls ist die Voraussetzung des Beklagten, daß einer reformatoria im obergerichtlichen Verfahren stets eine Vernehmlassung des Appellaten vorausgehen müsse, eine irrige. Das vom Beklagten in dieser Beziehung aus Seuffert Archiv II. № 348 (vollständiger in der Hamburger

Sammlung Bd. 1 S. 862 f.) angeführte Präjudicat des Ober-Appellations-Gerichts von 1847 betraf eine Bergedorfer Sache und stützte sich auf eine besondere Vorschrift der Bergedorfer Gerichtsordnung. Für Hamburgische Rechtssachen dagegen besteht schon lange der feste, durch positive Vorschriften des gemeinen Rechts nicht ausgeschlossene und vom Ober-Appellations-Gericht wiederholt anerkannte Gerichtsgebrauch, daß eine abändernde Entscheidung zweiter Instanz ohne vorgängige Vernehmung des Appellaten ergehen darf, sofern nicht besondere Umstände, z. B. im Libell vorgebrachte nova, eine Ausnahme begründen.

Vergl. Dr. Trummer mand. nom. c. Gerken Wwe. Novbr. 1826 (bei Gries Comm. I. S. 185 f.),

Gemeinde Tatenberg c. Bieber u. Genossen. Febr. 1828,

Haug c. Libbertz cur. bon. März 1846. (Hamb. Samml. Bd. 1 S. 608),

Haber c. Gaden. Januar 1852.

4) In der vierten Beschwerde endlich verlangt der Beklagte die Wiederherstellung des niedergerichtlichen Erkenntnisses.

Soweit dieses Verlangen darauf gestützt ist, daß die Klage hätte abgewiesen oder doch der Kläger noch mit einem weiteren Beweise belastet werden müssen, folglich schon die niedergerichtliche Entscheidung zu günstig für den Kläger gewesen sei, ist die Grundlosigkeit desselben oben gezeigt worden.

Der Beklagte hat nun zwar auch materiell die Richtigkeit der obergerichtlichen Beweisformulirung sowohl in Ansehung des Klagbeweises als des Einredebeweises bestritten; es konnte jedoch der Auffassung des Obergerichts nur beigepflichtet werden. Soviel

a) den Klagbeweis betrifft, so ist schon hervorgehoben worden, daß der, welcher nachweis't, in eignem Namen contrahirt zu haben, nicht auch noch mit dem ferneren Beweis, für eigne Rechnung contrahirt zu haben, belastet werden kann. Der Beklagte bekämpft diesen Satz auch nicht im Allgemeinen, sondern beruft sich nur auf die concrete Sachlage und meint, es sei den vom Kläger eingeräumten Umständen nach mindestens höchst wahrscheinlich, daß der Kläger bei Abschluß

des Kaufvertrages der Betheiligung des Ahlers mit einem Worte gedacht habe, und wenn infolge dessen der Beklagte habe annehmen müssen, daß Ahlers ganz oder theilweise der dominus negotii sei, so habe es, auch wenn Kläger bestimmt in eignem Namen gekauft hätte, an der Willenseinigung gefehlt, daß der Platz dem Kläger und ihm allein zugeschrieben werden solle. Der Umfang dessen, was eine Partei zur Begründung ihres Anspruches zu beweisen hat, richtet sich jedoch nach Rechtsregeln, und nicht nach Wahrscheinlichkeiten über einzelne Thatsachen, und noch so dringende factische Vermuthungen, was ein Contrahent bei Abschluß des Vertrags abweichend von der abgegebenen Erklärung gedacht haben möge, können überhaupt nicht in Betracht kommen. Hat aber der Beklagte versprochen, das fragliche Grundstück dem Kläger unter den vom Niedergericht bezeichneten Bedingungen zu überlassen, und hat der Kläger dieses Versprechen acceptirt, was beides in dem für den Kläger aufgestellten Beweissatze begriffen ist, dann ist damit die erklärte Willenseinigung dargethan, und deren Wirkung kann nicht dadurch aufgehoben werden, daß der Beklagte sein Versprechen in dem Gedanken oder Bewußtsein gab, das Geschäft werde schließlich für Rechnung des Ahlers abgeschlossen.

Auch der eventuelle Vorschlag des Beklagten, den Beweissatz wenigstens dahin näher zu präcisiren, daß der Kläger beim Kauf sich selbst als den Käufer, auf welchen das Grundstück geschrieben werden solle, bezeichnet habe, stellte sich als verwerflich dar. Denn darauf, daß der Kläger sich ausbedungen habe, das Grundstück solle auf seinen Namen geschrieben werden, kann es nach der Natur des Kaufcontracts überall nicht ankommen, sondern nur auf die Vereinbarung, daß das Grundstück dem Kläger käuflich überlassen sein, er zum Disponenten darüber gemacht werden solle.

b) Zur Wiederherstellung des vom Niedergericht normirten Einredebeweises,

Kläger habe anerkannt, das Grundstück für Rechnung des Ahlers gekauft zu haben,

würde man nur gelangen können, wenn man davon ausginge, daß derjenige, welcher einen Contract zwar in eignem Namen abgeschlossen, dies aber erweislich für Rechnung eines Dritten, als dessen Mandatar oder Geschäftsführer, gethan hat, überall nicht befugt sei, die durch den Vertrag begründeten Rechte gegen seinen Mitcontrahenten geltend zu machen. Ein solcher Satz besteht aber im gemeinen Rechte nicht. Das heutige Recht weicht allerdings insofern vom römischen ab, als es ein directes Contrahiren in fremdem Namen gestattet und in solchem Falle die Vertragsobligation gleich unmittelbar zwischen dem vertretenen Geschäftsherrn und dem andern Contrahenten entstehen läßt. Daran aber, daß der Stellvertreter, welcher in eignem Namen contrahirt, zunächst das Klagrecht für sich selbst erwirbt, und dasselbe, soweit er seinem Principal für die Ausführung des Geschäfts verantwortlich ist, auch selbst ausüben darf,

vergl. l. 1 § 11 D. depositi, (16, 3),
l. 8 § 10 fin. l. 10 § 6 D. mand. (17, 1),
l. 49 § 2 D. de acquir. v. a. poss. (41, 2),

ist nichts geändert worden. Es beruht dies auch auf einem entschiedenen practischen Bedürfniß, und zwar auf einem allgemeinen, nicht etwa bloß für Handelssachen, für welche Art. 360 des deutschen Handelsgesetzbuches die übereinstimmende Vorschrift enthält. Allerdings nehmen mehrere neuere Civilisten an, daß in allen Fällen, in denen ein Forderungsberechtigter zur Cession an einen Dritten verpflichtet ist, dieser Dritte die Forderung ohne Weiteres für sich geltend machen dürfe. Selbst durch diese, in solcher Allgemeinheit ohnehin nicht zu billigende Annahme,

vergl. Windscheid Pand. Bd. 2 § 330 fin.,

würde aber der obige Satz für einen Fall der vorliegenden Art nicht erschüttert werden, da der Stellvertreter an der Verfolgung der in eigenem Namen erworbenen Forderung mindestens so lange, als der Geschäftsherr von der actio utilis keinen Gebrauch gemacht hat, nicht gehindert sein könnte.

Kommt es aber überhaupt nicht darauf an, ob der Kläger für eigne oder fremde Rechnung kaufte, so kann auch der eventuelle Vorschlag des Beklagten, den Einredebeweis dahin zu fassen,

Kläger habe anerkannt, daß Ahlers „der wirkliche Käufer" des Platzes sei,

nicht gebilligt werden, zumal der Ausdruck „der wirkliche Käufer" gerade den Punkt, worauf es hier ankommt, im Unklaren lassen würde.

War hiernach die vom Obergericht vorgenommene Aenderung der Beweisfassung materiell gerechtfertigt, so stellte sich der Zweifel, ob der nunmehr normirte Beweissatz noch die Eigenschaft eines Einredebeweises habe, oder nicht, vielmehr auf eine Thatsache gerichtet sei, welche ein für den directen Gegenbeweis dienliches Moment bilde, als unerheblich dar, da für den Beklagten hierin nichts Beschwerendes liegen kann, wie derselbe auch in dieser Beziehung keinen Antrag gestellt hat, und von Seiten des Klägers keine Beschwerde darüber erhoben worden ist.

II. Der Kläger hat mittelst Adhäsion sich darüber beschwert, daß ihm der Beweis auferlegt worden sei, im eignen Namen contrahirt zu haben, während zur Begründung der Klage der Beweis genügen müsse, daß er den Kauf überhaupt abgeschlossen habe, und dem Beklagten der Beweis zu überlassen sei, daß der Kläger alieno nomine contrahirt habe.

Die formelle Statthaftigkeit dieser Beschwerde ist, soweit die besonderen Erfordernisse der Adhäsion in Frage stehen, außer Zweifel, aber auch aus dem Gesichtspunkt der duae conformes vom Beklagten mit Unrecht angefochten worden. Wie schon zur ersten Beschwerde des Beklagten hervorgehoben worden ist, kann die Entscheidung darüber, welche Thatsachen als nothwendige Bestandtheile des Klaggrundes anzusehen seien, nur als ein untrennbares Ganze aufgefaßt werden, und es mußte daher dem Kläger, welcher in zweiter Instanz bereits eine Erleichterung des ihm auferlegten Klagbeweises erlangt hat, freistehen, durch Wiederholung seiner Principal-

beschwerde voriger Instanz ein noch günstigeres Ergebniß in dieser Richtung zu beantragen. Auch die vom Beklagten hingestellte mögliche Consequenz, daß der Kläger von jedem weiteren Klagbeweise befreit werden könne, würde hieran nichts ändern, kommt aber nicht in Betracht, da die Kaufbedingungen, wie sie im niedergerichtlichen Beweissatz bezeichnet sind, immer noch unter der Beweislast des Klägers bleiben.

Dagegen war die Adhäsionsbeschwerde als materiell unbegründet zu verwerfen. Denn dem Beklagten muß darin beigepflichtet werden, daß das Contrahiren in eignem Namen allerdings zum Klaggrund gehört, weil ein Contract für den, welcher daraus klagt, ein Klagrecht nur erzeugen konnte, wenn die contractliche Leistung eben dem Kläger, nicht einem durch ihn vertretenen Dritten, zugesagt wurde, und wenn der Beklagte sie seinerseits zu leisten versprach, nicht bloß das Leistungs-Versprechen eines Dritten vermittelte. Nun ist es freilich richtig, daß der, welcher einfach contrahirt, ohne irgendwie zu erkennen zu geben, ob er in eignem oder fremdem Namen abschließe, als Contrahent in eignem Namen gilt. Das liegt nicht nur in der Natur der Sache, weil der Mitcontrahent, so lange ihm nicht das Bewußtsein gegeben ist, es handle sich um eine mit einem Dritten zu begründende Obligation, gar nicht anders annehmen kann, als daß der mit ihm Handelnde auch der Selbstcontrahent sei; sondern es entspricht auch der oben angedeuteten grundsätzlichen Auffassung des römischen Rechts. Die nothwendige Folge hiervon ist, daß, wer einen Contract als einen proprio nomine abgeschlossenen geltend macht und zu diesem Behufe beweis't, einfach ohne irgend eine Erklärung über sein Auftreten in eignem oder fremdem Namen contrahirt zu haben, so lange genug bewiesen hat, bis gegen ihn dargethan wird, daß er im Namen eines Andern contrahirt habe. Es kann aber um dieser rein factischen Präsumtion willen das Beweisthema nicht anders als dem rechtlichen Klaggrund gemäß gefaßt werden, und etwas Beschwerendes darin für den Kläger nicht

liegen, weil ihm durch die so gefaßte Beweisauflage die Benutzung der factischen Präsumtion im Beweisverfahren, soweit die concreten Umstände dafür geeignet sind, in keiner Weise abgeschnitten wird, ihm vielmehr überlassen bleiben muß, ob er sich hierauf beschränken zu können oder in Erwartung eines etwaigen Gegenbeweises sich noch weiterer Beweismittel bedienen zu müssen glaubt. Völlig im Sinne dieser Auffassung hat sich das Ober-Appellations-Gericht nicht bloß in der vom Beklagten aus Seuffert angeführten Frankfurtischen, sondern auch in einer späteren Hamburgischen Sache ausgesprochen.

Frkf. Buhl c. Glänzer. Octbr. 1856 (Frankf. Vereinssamml. Bd. 2 S. 444. Seuffert Arch. Bd. 12 № 27).
Hamb. Stilcke c. Schwabel. Januar 1860.

Beide Präjudicate betreffen zwar, ebenso wie das übereinstimmende Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts zu Dresden bei Seuffert Arch. Bd. 8 № 103, den Fall, daß der Beklagte behauptete, seinerseits nur Stellvertreter eines andern Promittenten gewesen zu sein. Allein das Princip der Beurtheilung kann kein anderes sein, der Beklagte mag bestreiten, daß er selbst der Promittent, oder daß der Kläger selbst der Promissar gewesen sei.

Hamburg. 34.

Suhr & Erich zu Hamburg, Kläger, wider **Dr. J. Scharlach** daselbst, m. n. **J. H. Burchard** Nachfolger, zu Altona, Beklagte, wegen Auslieferung gepfändeter Waaren.

Wegen einer Forderung an M. Lühnen hatten die Beklagten von dem Lager des Letzteren mehrere Oxhofte Wein pfänden lassen. Ein Theil derselben war, worüber auch be-

reits der Pfandextract eine Andeutung enthielt, nicht mehr Eigenthum des Lühnen, sondern von diesem an die Kläger, zur Ausgleichung einer Forderung derselben, verkauft, weßhalb nunmehr von Seiten der Letzteren auf Herausgabe dieser ihnen gehörenden Weine, resp. ihres Erlöses, geklagt ward, da zufolge Vereinbarung der Parteien die Weine einstweilen salvo iure verkauft waren und der Erlös gerichtlich deponirt worden war. Von Seiten der Beklagten ward erwiedert, daß die Kläger ihr Recht an der Waare durch das von ihnen, den Beklagten, mittelst der Pfändung bona fide erworbene Eigenthum verloren hätten, indem die Anzeige, daß die gepfändeten Weine nicht mehr Eigenthum des Lühnen seien, erst dann erfolgt sei, als dieselben bereits auf dem Wagen sich befunden hätten.

Von Seiten des Niedergerichts ward am 30. März 1868 den Beklagten dieser Beweis ihrer Behauptung dahin nachgelassen:

> „daß die in Anspruch genommenen Oxhofte Weine, oder wie viele derselben, und, wenn möglich, welche derselben in dem Augenblicke, als Lühnen die Anzeige gemacht habe, daß diese Weine nicht ihm gehörten, sich bereits auf den Wagen aufgeladen befunden hätten, auf welchen dieselben in das Pfandlokal geschafft seien,"

während das Obergericht durch Erkenntniß vom 5. Juni 1868 die Beweislast zu Gunsten des Beklagten abänderte und die Kläger für verpflichtet erachtete, den Beweis nach der niedergerichtlichen Fassung zu führen.

Am 17. April 1870 wurde vom Ober-Appellations-Gericht das vorige Urtheil bestätigt aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Wider die auf Herausgabe von zwölf — jetzt elf — Oxhoften Wein, welche von Lühnen an Suhr & Erich am 24. Aug. 1867 verkauft, in Gegenrechnung bezahlt, übergeben, jedoch in Verkaufscommission auf dem Lager des Verkäufers belassen wurden, und an deren Stelle jetzt deren Verkaufswerth getreten ist, gegen J. H. Burchard Nachfolger,

auf deren Antrag wegen einer Forderung an Lühnen am 10. Octbr. 1867 besagte Weine bei solchem gepfändet waren, erhobene Klage ist von Letzteren, außer anderen Einwendungen, vornehmlich die erhoben worden, durch gedachte in gutem Glauben erfolgte Pfändung sei in Beihalt des in Hamburg geltenden Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren," das Eigenthum der Kläger um deßwillen erloschen, weil dessen Anzeige erst dann erfolgt sei, als die meisten der gepfändeten Weine bereits per Wagen gepackt gewesen, das Pfandrecht aber in dem Augenblick den Beklagten erworben sei, in welchem der Executionsbeamte deren Besitz ergriffen habe.

Diesem Einwande gegenüber haben die Kläger nicht bloß die Behauptung aufgestellt, daß die Anzeige ihres Eigenthums an den Weinen dem Pfändungsact voraufgegangen sei, sondern überdies ausgeführt, es komme für die Erhaltung des Eigenthums nichts darauf an, wann die Anzeige, ob vor oder nach der körperlichen Besitzergreifung erfolgt sei, es genüge vielmehr, wenn dieselbe während der Pfändung gemacht worden. Das Niedergericht hatte also, abgesehen von der Entscheidung der übrigen Einwendungen, die Präjudicialfrage zu beantworten, wann die Anzeige von dem Eigenthum der Kläger an den Weinen bei Vollstreckung der Pfändung erfolgt sein müsse, um das Eigenthum der Kläger zu erhalten. Diese Frage ist von ihm im Sinne der Beklagten beantwortet, wie sich aus den Gründen zum Urtheil vom 30. März 1868 und der auf solche basirten Beweisauflage, „daß die in Anspruch genommenen Oxhofte Wein oder wie viele und, wenn möglich, welche derselben in dem Augenblick, als Lühnen die Anzeige gemacht habe, daß diese Weine nicht ihm gehörten, sich bereits auf den Wagen aufgeladen befunden hätten, auf welchen dieselben in das Pfandlokal geschafft seien," klar ergiebt.

Dieser Entscheidung gegenüber haben nun die Kläger bei dem Obergericht das Verlangen auf sofortige Verurtheilung der Beklagten zur Herausgabe der Weine, beziehungsweise ihres Werthes gestellt, und ihre obgedachte, in der

Replik bereits geltend gemachte Auffassung von Neuem vertheidigt, indem sie überdies hervorheben, daß die fragliche Anzeige zeitig von der Frau und dem Küper des Lühnen dem Executionsbeamten gemacht sei. Allein das Obergericht hat die von dem Niedergericht befolgte Auffassung mittelst einer, der Wortfassung der niedergerichtlichen Entscheidung genau entsprechenden Beweisauflage, mit welcher auch deren Gründe völlig übereinstimmen, gebilligt, und die Frage, ob statt des Schuldners Lühnen dessen Vertreter in Ansehung der angeblich gemachten Anzeige in Betracht kämen, der Entscheidung im Beweisverfahren vorbehalten.

Wenn daher die Kläger in gegenwärtiger Instanz zunächst ihre in der vorigen gestellte Beschwerde wiederholt haben, so mußte dieselbe als unstatthaft verworfen werden, weil der Punkt, daß die Anzeige von dem Eigenthum der Kläger an den fraglichen Weinen erfolgt sein müsse, bevor dieselben auf den Pfandwagen geladen wurden, durch gleichförmige Entscheidungen der vorderen Richter bereits in der Weise festgestellt worden ist, daß deren Auffassung auch in höchster Instanz zur Basis genommen werden muß; indem selbstredend die Frage, wann die Anzeige erfolgt sein müsse, um rechtlich in Betracht zu kommen, von der Frage, wer den Beweis zeitig erfolgter Anzeige zu liefern habe, gänzlich trennbar ist, da die Erheblichkeit der ersten Frage bereits feststehen muß, um die zweite Frage überhaupt aufwerfen zu können.

Sind sonach sämmtliche Gründe, durch welche die Kläger in den vorderen und in der gegenwärtigen Instanz ihren Antrag auf sofortige Verurtheilung der Beklagten zu stützen versucht haben, der Beurtheilung des Ober-Appellations-Gerichts entzogen, so fragt es sich weiter, ob nicht der eventuellen Beschwerde der Kläger, mittelst welcher sie die Herstellung des ersten Erkenntnisses beantragen, zu entsprechen sei. Allein auch das ist nicht der Fall.

Zunächst konnte den Klägern darin nicht beigepflichtet werden, daß die Entscheidung über die gedachte Beschwerde von einer erneuerten Prüfung und Aburtheilung der in der

Rechtsprechung wie in der Doctrin verschieden beantworteten Frage, ob nach Hamburgischem Rechte zum Beweis des Eigenthums Anderes und mehr gehöre, als ein Eigenthumskläger gemeinrechtlich darzuthun verbunden ist, abhängig sei.

Und ebensowenig würde den Klägern darin beizutreten sein, wenn sie der Ansicht sind, die Befolgung der von ihnen für richtig erachteten Auffassung führe mit Nothwendigkeit zu der betreffenden Beweisauflage an die Beklagten, während doch vielmehr bei dem Vorhandensein eines der äußeren Erscheinung nach vorliegenden gehörigen Titels der Mangel des guten Glaubens von dem zu beweisen ist, welcher sich auf den Mangel beruft; wornach also die Frage nur die wäre, ob die zeitige Anzeige einen Theil des Klaggrundes oder eine Replik bilde.

Vielmehr mußte, zumal da die Frage, was zum Eigenthumsbeweise der Kläger erforderlich sei, von den Parteien im ersten Verfahren, von einer in der Duplikenschrift enthaltenen beiläufigen Aeußerung abgesehen, überall nicht behandelt ist, angenommen werden, daß auch darüber beide vorderen Richter von gleichen Ansichten ausgegangen sind. Denn wenn auch in den Gründen zum Niedergerichts-Erkenntniß der von dem Obergericht ausdrücklich hervorgehobene Gesichtspunkt, zum Beweise der Kläger gehöre die vor Vollziehung der Pfändung erfolgte Anzeige von ihrem Eigenthum an den Pfändungsbeamten, nicht mit ausdrücklichen Worten zu finden ist, so beweis't gleichwohl der von dem Niedergericht für die Zutheilung der Beweislast an die Beklagten ausdrücklich geltend gemachte Grund, nach dem Extract-Pfandbuchs müsse bis auf Weiteres angenommen werden, daß die betreffende Anzeige vor der vollzogenen Besitzergreifung geschehen sei, mit ausreichender Deutlichkeit, daß das Niedergericht, abgesehen von diesem Document, den Klägern den Beweis auferlegt haben würde. Nun steht aber in der Rechtsprechung des Ober-Appellations-Gerichts der Satz durch wiederholte Entscheidungen fest, daß einfache Vermuthungen für die Vertheilung der Beweislast ohne Einfluß sind; und

hievon muß vorliegend um so mehr Gebrauch gemacht werden, als das gedachte Document über den Zeitpunkt der Anzeige kein Wort enthält, sondern nur die Anzeige schlechthin bekundet.

---

35. Hamburg.

Dr. Daniel Hertz zu Hamburg m. n. **John G. Kniep Sohn** zu St. Petersburg cess. nom. **C. M. Meyer & Co.** daselbst, Kläger, wider **C. A. Rumpf & Co.** zu Hamburg, Beklagte, Forderung und deßhalb geführten Beweis jetzt Restitution betreffend.

In dieser Sache (worin der Kläger um Actenversendung gebeten hatte) wurde ein von den Beklagten wegen Ausschluß mit der Vernehmlassung dritter Instanz angebrachtes Restitutionsgesuch durch Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichtes vom 22. April 1869:

„in Erwägung

daß die durch Bescheid vom 13. insin. 17. v. Mts. mit ihrer Vernehmlassung präcludirten Beklagten mittelst Eingabe vom 24. v. M., also zeitig, um Restitution gegen diesen Ausschluß gebeten, auch an dem nämlichen Tage die rückständige Vernehmlassung eingereicht haben;

daß, wie die zur Begründung ihres Gesuches beigebrachten Bescheinigungen ergeben, ihnen vom m. n. Kläger eine Erstreckung der am 10. v. Mts. ablaufenden ursprünglichen Vernehmlassungsfrist bis zum 24. ejusd. bewilligt worden war, der beklagtische Sachführer Dr. F. aber, als er mittelst Briefes vom 6. v. Mts. den Procurator seiner Partei beauftragte, hievon den Gegenprocurator zu benachrichtigen, irrthümlich den Dr. Crome statt des Dr. Witt als Procurator

des Klägers bezeichnet hat, und in Folge dessen die Mittheilung der bewilligten Frist bis zu dem am 11. v. Mts. von Dr. Witt angebrachten Contumatialantrage nicht an diesen gelangt ist;

daß der m. n. Kläger zwar der gebetenen Restitution widersprochen, den angegebenen Sachverhalt aber nicht in Abrede gestellt hat, und es hiernach außer Zweifel ist, daß die beklagte Partei selbst an der erfolgten Präclusion völlig schuldlos war, wogegen deren vorhin genannter Sachführer, da nach seiner eigenen Darstellung davon ausgegangen werden muß, daß er und nicht der m. n. Kläger es übernommen habe, den klägerischen Procurator von der Fristbewilligung in Kenntniß zu setzen, von Verschuldung nicht freigesprochen werden kann, auch der Umstand, daß der an der Sache gar nicht betheiligte Dr. Crome zur zeitigen Berichtigung des Versehens thätig zu werden unterlassen hat, hier überall nicht in Betracht kommt;

daß bei dieser Sachlage nach § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung das Restitutionsgesuch sich als gerechtfertigt darstellt, und zugleich der Sachführer der Beklagten nicht nur in die durch das Restitutionsgesuch veranlaßten Kosten, sondern auch in eine Geldbuße zu verurtheilen war, die letztere jedoch, weil es sich nicht um Versäumung einer Nothfrist handelt, und die Verschuldung sich als eine geringe darstellt, nach Vorgang ähnlicher Fälle (vergl. Kierulff Samml. Bd. 1 S. 53) niedrig bemessen werden durfte;"
unter Verurtheilung des Sachführers in die Kosten und in eine Geldstrafe von 15 ℔ Crt. bewilligt.

---

36. Hamburg.

Dr. Gust. Hertz zu Hamburg m. n. **Rykens & Leopold** in Groningen, Kläger, wider **H. M. Conitz & Co.** zu Hamburg, Beklagte, ein Kaufgeschäft betreffend.

---

1) Anticipirter Beweis macht nur dann die Einleitung des ordentlichen Beweisverfahrens entbehrlich, wenn bereits volle auch den Gegenbeweis ausschließende Gewißheit geliefert worden ist.

2) Ob und inwiefern die Beweiskraft eines Gutachtens, wodurch nach Art. 348 des Handelsgesetzbuches der Zustand einer abgelieferten Waare festgestellt worden ist, angefochten werden kann, hängt von den Proceßgesetzen jedes Staates ab.

3) Weder nach gemeinem Recht noch nach den Vorschriften des handelsgerichtlichen Verfahrens in Hamburg sind die Parteien verpflichtet, auf einen vom Gegner anticipirten Urkundenbeweis sofort alle Beweiseinreden und Gegenbeweismittel bei Vermeidung des Ausschlusses vorzubringen.

4) Zugelassene Ablehnung einer Waarenpartie wegen Beimischung contractwidrig beschaffener Theile derselben.

5) Der Käufer einer ihm zugesandten Waare, welcher nach Art. 347 des Handelsgesetzbuches dem Verkäufer von der nicht contract- oder gesetzmäßigen Beschaffenheit derselben Anzeige macht, braucht damit nicht sofort eine Specialisirung aller einzelnen Ausstellungen zu verbinden.

Rechtsfall. Von H. M. Conitz & Co. in Hamburg wurde im November 1867 an Rykens & Leopold in Groningen eine Partie von 55,080 Kilo Rappkuchen verkauft und alsbald in Altona mit dem Schiff Alberdina für Rechnung und Gefahr der Käufer verladen.. Gleich nach Ankunft der Ladung in Groningen beanstandeten die Käufer 20,000 Kilo

als beschädigt, und ließen, da H. M. Conitz & Co. auf telegraphische Meldung hiervon sich zu Nichts verstehen wollten, vom dortigen Gericht 3 Sachverständige ernennen und beeidigen, welche am 26. Decbr. 1867 ihr Gutachten dahin abgaben:

Es sei ihnen an Bord eine Partie Rappkuchen vorgezeigt worden, welche in Altona aus einem Leichterschiff eingenommen gewesen sei. Nachdem sie dieselbe in ihrer Gegenwart (von 11¾—6¼ Uhr) hätten löschen lassen, habe sich ein Quantum von 18,201 Kilo ergeben, wovon 2100 Kilo zerstückelt seien, während die ganzen Kuchen aus 14,100 Stück beständen. Es habe sich ferner gezeigt, daß die bemerkte Partie mehr oder weniger beschädigt sei und ersichtlich schon vor dem Einladen an Bord gewesen zu sein scheine; nach ihrer Meinung in Folge von Regenwasser, welches sich während des Transportes der Kuchen nach der Alberdina oder während der vorhergegangenen Einladung denselben mitgetheilt habe. Beschädigung von Seewasser sei nicht sichtbar gewesen, und das Schiff Alberdina sei von ihnen in jeder Beziehung in gutem Stande und der Laderaum gänzlich trocken befunden worden. Nach diesem Befunde seien sie einstimmig zu dem Beschluß gelangt, daß der Werth der Rappkuchen, welcher in gesundem Zustand jetzt 93 fl per 1040 Kilo sein würde, in dem beschädigten Zustande, worin sie gelöscht worden seien, 85 fl per 1040 Kilo betragen werde.

Da es auch nach Mittheilung dieses Gutachtens an H. M. Conitz & Co. zu keiner Verständigung kam, so klagten Rykens & Leopold im Februar 1868 beim Handelsgericht zu Hamburg auf Zurücknahme der beanstandeten 18,201 Kilo Rappkuchen und Rückvergütung der darauf fallenden Quote des bereits ganz bezahlten Kaufpreises nebst Unkosten. Die Beklagten erwiderten, sie hätten die gesammte in 50 tons bestehende Quantität Rappkuchen in zwei Partien bekommen, à 30 und à 20 tons. In der von 20 tons habe sich ein kleiner Theil von Regenwasser beschädigt gefunden. Sie hätten deßhalb diese Partie unter Leitung eines Sachver-

ständigen sortiren lassen, und es habe sich gezeigt, daß ca. 2—3 tons naß gewesen seien. Diese seien herausgesucht und die nassen Stellen abgeschnitten worden. Verladen seien nur vollkommen trockene Kuchen. Obgleich die Partie von 20 tons unten im Schiff, die von 30 tons darüber gestaut gewesen, hätten die Kläger auffallender Weise bereits vor der Löschung Beschwerde erhoben, was nur daraus zu erklären sei, daß der Capitän die in Hamburg offen vorgenommenen Proceduren unrichtig dargestellt haben müsse. Die Zustutzung der 2—3 tons gebe den Klägern kein Recht, die Kuchen zu refusiren, weil auf die Form der Kuchen, die auch im Detailverkauf nicht stückweise, sondern nach Gewicht verkauft und in aufgeweichtem Zustande als Viehfutter benutzt würden, gar nichts ankomme.

Die Kläger widersprachen der Behauptung, daß es auf das Format der Kuchen nicht ankomme, suchten dieselbe aus brieflichen Aeußerungen der Beklagten selbst zu widerlegen und erklärten, daß sie beschädigte und beschnittene Kuchen nicht brauchen könnten. Daß nur 2—3 tons beschnitten gewesen, sei nach dem Gutachten nicht richtig, Kläger aber auch nicht verpflichtet gewesen, die beschnittenen Kuchen auszusuchen. Uebrigens sei der nach Art. 348 des Handelsgesetzbuchs constatirte Zustand der Waare unbedingt maßgebend; welcher Behauptung wieder von den Klägern widersprochen wurde.

1) Das Handelsgericht

erkannte am 4. Mai 1868, die Beklagten hätten salva reprobatione den Beweis zu führen,

> daß sie die ganze Partie Rappkuchen, also auch die von den klägerischen Mandanten davon zur Disposition gestellten 18,201 Kilo, in einem trockenen und gesunden Zustande hieselbst mit der Alberdina verladen haben.

Schon jetzt würden aber Beklagte für schuldig erklärt, die von den Groninger Sachverständigen vorgefundenen 2100 Kilo zerstückelter Kuchen, soweit dieselben aus beschnittenen Kuchen beständen und nicht etwa auf der Reise gebrochen sein sollten, gegen Ersatz des Kaufpreises u. s. w. zurückzunehmen.

In den Gründen wurde bemerkt, die Sachverständigen in Groningen hätten erklärt, daß sie 2100 Kilo zerstückelt vorgefunden hätten, welche Angabe eine theilweise Erklärung dadurch finde, daß die Beklagten, wie sie einräumten, vor der Verladung von einem Theil der Kuchen eine daran vorhandene Beschädigung durch Regen hätten abschneiden lassen. Durch eine solche Manipulation werde jedenfalls der Handelswerth vermindert, und Beklagte könnten sich daher nicht weigern, die verschnittenen Kuchen zurückzunehmen. Was die Beschädigung durch Nässe betreffe, so liege den Beklagten der Beweis gesunder Verladung ob und müsse den Klägern freigestellt bleiben, das beigebrachte Gutachten sowie das Geständniß des Beklagten im Gegenbeweis zu verwerthen.

Auf Appellation der Kläger verurtheilte

2) das Obergericht

mittelst Erkenntnisses vom 12. Juni 1868 die Beklagten zur Zurücknahme der streitigen 18,201 Kilo Rappkuchen, indem es wegen des Betrags der zu restituirenden Quote des Kaufpreises und der sonstigen Entschädigung den Parteien alle Gerechtsame vorbehielt. In den Gründen wurde ausgeführt: nach dem von den Sachverständigen angegebenen Befunde und dem Bekenntnisse der Beklagten, daß die fragliche Partie früher theilweise durch Nässe beschädigt gewesen sei, könne der dem Beklagten vom Handelsgericht nachgelassene Beweis trockener und gesunder Verladung nicht mehr für statthaft erachtet werden, vielmehr sei derselbe durch jene Momente bereits überwogen, indem selbst etwaige dem Beweisthema entsprechende Zeugenaussagen die Annahme nicht ausschließen würden, daß die Unzulänglichkeit der von den Beklagten zur Herstellung eines trockenen und gesunden Zustandes angeordneten Maßregeln sich der Wahrnehmung der Zeugen entzogen habe, weil bei scheinbarem Gelingen doch eine Reaction der früheren Beschädigung hätte eintreten können und nach dem Befunde am Lieferungsorte würde eingetreten sein müssen. Sodann sei dem Handelsgerichte freilich darin beizutreten, daß die Kläger beschnittene Kuchen zu empfangen nicht ge-

halten seien, aber nicht auch darin, daß sie **nur** die beschnittenen Kuchen und nicht vielmehr die ganze Partie, worin dieselben sich vorgefunden, aufschießen dürften. Denn dem Käufer einer nach Gewicht, nicht nach Stückzahl behandelten Waare dürfe nicht angesonnen werden, Angesichts einer Beimischung von mehr als $\frac{1}{10}$ beschnittener Kuchen eine stückweise Aussortirung vorzunehmen. In dieser Sachlage bedürfe die klägerische Auffassung, daß die Sachverständigen unter den als „stukken" bezeichneten 2100 Kilo nicht sowohl die beschnittenen, sondern die zerbrochen befundenen hätten bezeichnen wollen, keiner weiteren Beachtung.

Auf Appellation der Beklagten hat

3) das **Ober-Appellations-Gericht**

diese Entscheidung durch Urtheil vom 22. April 1869 aus folgenden Gründen bestätigt.

Die Beklagten, welche vom Obergericht zur Zurücknahme der streitigen Partie Rappkuchen verurtheilt worden sind, verlangen in ihrer alleinigen Beschwerde die Wiederherstellung der handelsgerichtlichen Entscheidung, wonach sie zwar schuldig erklärt wurden, einen kleineren „zerstückelt" angelangten Theil der Waare zurückzunehmen, im Uebrigen aber ihnen vorerst der Beweis der Verladung der Waare in trockenem und gesundem Zustande auferlegt worden ist.

Das Obergericht hat aus einem doppelten Grunde die Beklagten zu dem Beweise, daß die Waare in trocknem und gesundem Zustande verladen worden sei, nicht mehr zugelassen; einmal weil durch das Gutachten der Sachverständigen zu Groningen in Verbindung mit dem, was von den Beklagten eingeräumt worden, bereits als constatirt zu erachten sei, daß die von den Klägern abgelehnte Partie von 18,201 Kilo durch Nässe beschädigt gewesen sei; sodann weil sich unter dieser Partie nach dem Bekenntniß der Beklagten 2—3 tons beschnittener Kuchen befunden hätten. Was

I. den **ersten** dieser Gründe betrifft, so konnte demselben nicht beigepflichtet werden. Freilich wird

1) mit Unrecht gegenwärtig von den Beklagten bestritten, daß die von den Groninger Sachverständigen untersuchten 18,201 Kilo gerade zu der aus 20 tons bestehenden Partie gehört hätten, auf welche sich das Geständniß theilweiser Beschädigung durch Regenwasser vor der Verladung in Altona beziehe. Die Beklagten haben, im Wesentlichen gleich in erster Instanz, den Hergang dahin erzählt, daß sie die per Alberdina verladenen Rappkuchen in zwei Partien à 30 und à 20 tons bekommen hätten, daß sie diese letztere Partie, weil ein kleiner Theil derselben von Regenwasser beschädigt gewesen sei — herrührend von der Einnahme in das Flußschiff, welches die Partie nach Hamburg (Altona) gebracht habe —, unter Leitung eines Sachverständigen hätten sortiren, die nassen Kuchen heraussuchen und die nassen Stellen abschneiden lassen, daß endlich die so behandelte Partie von 20 tons zuerst verladen und daher unten im Schiff, die Partie von 30 tons darüber gestaut worden sei. Vergleicht man damit das Groninger Gutachten, so wird hier gesagt, es sei den Sachverständigen an Bord der Alberdina durch den Steuermann an Stelle des Capitäns eine für die Kläger bestimmte Partie Rappkuchen vorgezeigt worden, welche nach Mittheilung des Steuermanns in Altona aus einem Leichterschiff eingenommen gewesen sei; diese Partie sei zum Behuf der Prüfung in ihrer Gegenwart gelöscht worden, und es habe sich ein Quantum von 18,201 Kilo ergeben; während der Löschung habe sich die vorgeschriebene Partie mehr oder weniger beschädigt gezeigt, welche Beschädigung ersichtlich schon vor der Einladung stattgefunden zu haben scheine, und ihrer Ansicht nach von Regenwasser herrühre; Beschädigung von Seewasser sei nicht sichtbar gewesen, die Alberdina auch in jeder Beziehung in gutem Stande und der Laderaum gänzlich trocken befunden worden.

Da die Sachverständigen überhaupt nur von einer Partie sprechen, welche ihnen vorgezeigt worden, und sie dieselbe sofort in Zeit von 6½ Stunden in ihrer Gegenwart löschen ließen, so kann man nicht anders annehmen, als daß

dieselbe den Rest der ganzen Schiffsladung bildete und eben die in Altona zuerst verladene untere Partie war. Diese Annahme wird dadurch, daß nach der eignen Angabe der Beklagten gerade nur die untere Partie vor der Einladung von Regenwasser gelitten hatte (wie auch die Kläger die obere Partie als contractmäßig anerkannt haben, s. Vernehmlassung jetziger Instanz) und die Sachverständigen bei der von ihnen besichtigten Partie eine Beschädigung durch Regenwasser erkannten, dagegen jede Beschädigung durch Seewasser bestimmt verneint haben, in so erheblicher Weise bestärkt, daß nur besondere Umstände einen Zweifel an der Identität veranlassen könnten. Solche Umstände liegen jedoch nicht vor. Denn wenn die Beklagten sich darauf berufen, daß die Kläger sofort nach der Ankunft der Alberdina den schadhaften Zustand von 20,000 Kuchen hätten anzeigen lassen, und daß die Zahl von 18,201 Kilo, welche die Sachverständigen löschen ließen und prüften, mit der Größe der in Altona zuerst verladenen Partie von 20 tons nicht zutreffe, so erklärt sich der erste Umstand einfach daraus, daß die Kläger gleich nach Ankunft der Alberdina eine von Regenwasser herrührende Beschädigung des unteren Theils der Schiffsladung erfahren haben, und der andere Umstand ist unerheblich, weil daraus nur gefolgert werden könnte, daß die Kläger nicht die ganze Partie von 20 tons, sondern nur den größten Theil derselben beanstandet haben, was den Beklagten nicht zur Beschwerde gereichen konnte. Allein

2) wie die Beklagten mit Recht geltend machen, ist die Lage der Sache nicht derart, daß man sie, käme es darauf an, von dem Beweise trockener und gesunder Verladung der 20 tons, wovon die besichtigten 18,201 Kilo den größten Theil bildeten, im Voraus ausschließen dürfte. Nach feststehender processualischer Regel wäre dies nur gerechtfertigt, wenn das Gegentheil des Beweissatzes bereits in volle juristische Gewißheit gesetzt wäre. Gegen eine solche Annahme ist aber hier

a) schon das entscheidend, daß den Beklagten die Möglichkeit nicht entzogen sein könnte, die Beweiskraft des

des Groninger Gutachtens anzufechten. Der Art. 348 des deutschen Handelsgesetzbuches sagt, der Empfänger könne den Zustand der Waare durch Sachverständige „feststellen lassen," hat aber über die processualische Gültigkeit und Kraft einer solchen Feststellung nichts hinzugefügt, und konnte dies auch ohne störendes Eingreifen in das particulare Proceßrecht nicht wohl thun. Nach dem gemeinrechtlichen und Hamburgischen Proceß läßt sich aber jedenfalls nicht mehr behaupten, als daß das übereinstimmende Gutachten gerichtlich bestellter und beeidigter Sachverständiger, wie es hier vorliegt, zwar für die Partei, zu deren Gunsten es ausgefallen ist, an sich vollen Beweis zu liefern vermag, den Gegenbeweis durch Anfechtung der Glaubwürdigkeit aus persönlichen oder sachlichen Gründen aber nicht ausschließt. Wenn der klägerische Sachführer meint, die Beklagten hätten gegen das ihnen gleich mit der Klage insinuirte Groninger Gutachten bei Vermeidung des Ausschlusses sofort alle ihre Einwendungen und Gegenbeweismittel vorbringen müssen, so ist die dafür angeführte reichsgesetzliche Vorschrift über anticipirten Urkundenbeweis (J. R. A. § 37. 46) in das gemeine Proceßrecht bekanntlich nicht übergegangen, und die Hamburgische Handelsgerichts-Ordnung enthält keine Bestimmung der gedachten Art; ebensowenig ist in dem Präjudicat

Pintus Nathan Söhne c. Wehl Müller & Co. Novbr. 1866 *)

etwas dem eben hervorgehobenen Grundsatz Entgegenstehendes ausgesprochen worden. Muß hiernach die Anfechtung des Gutachtens schon in Betreff des Zustandes der Waare bei ihrer Ankunft am Bestimmungsorte, wovon der Art. 348 allein spricht, für zulässig gehalten werden, so kann dies

b) noch weniger einem Zweifel unterliegen, soweit es sich um den Rückschluß auf die Beschaffenheit zur Zeit der Verladung handelt. Im vorliegenden Falle haben sich überdies die Sachverständigen über eine schon vor der Verladung vorhanden gewesene Beschädigung durch Regenwasser auch nicht

---

*) S. die gegenwärtige Samml. Bd. 2 № 87.

mit voller Bestimmtheit ausgesprochen. Sie constatiren bloß soviel positiv, daß die besichtigte Partie mehr oder weniger beschädigt sei, drücken sich aber dann nur dahin aus, ersichtlich scheine diese Beschädigung schon vor dem Einladen an Bord der Alberdina stattgefunden zu haben, und sie schrieben dieselbe Regenwasser zu, welches sich vor der Einladung den Rappkuchen mitgetheilt habe. Wenn nun auch die beigefügte Versicherung, es sei keine Beschädigung von Seewasser sichtbar und der Laderaum gänzlich trocken gewesen, den Schluß, daß die Waare bereits beschädigt in Altona verladen worden sei, in hohem Grade unterstützt, so liegt dafür doch immer nur ein künstlicher Beweis vor, der durch den Nachweis anderweiter Umstände widerlegt werden kann.

c) Das Geständniß der Beklagten geht nur dahin, es sei ein kleiner Theil der Partie à 20 tons, nämlich ca. 2—3 tons, von Regenwasser naß geworden; und mit diesem Geständniß ist die Behauptung verbunden worden, die beschädigten 2—3 tons seien unter Leitung eines Sachverständigen herausgesucht, die nassen Stellen abgeschnitten und nur vollkommen trockene Kuchen verladen worden. Nun kann es freilich leicht sein, daß bei der vorgenommenen Manipulation der Zweck nicht vollständig erreicht wurde. Allein diese Möglichkeit, selbst wenn sie als sehr wahrscheinlich bezeichnet werden müßte, könnte kein Grund sein, weßhalb die Beklagten nicht zu dem Versuch gelassen werden sollten, die ganz bestimmt aufgestellte Behauptung vollkommen trockener Verladung der Partie nachzuweisen. Die Erwägung des Obergerichts, daß selbst dem Beweisthema entsprechende Zeugenaussagen die Annahme eines ungenügenden Erfolgs der bezeichneten Manipulation, einer „bloß scheinbar hergestellten Gesundheit der Waare," nicht ausschließen würden, wäre nur geeignet, bei Beurtheilung des schließlichen Beweisresultates Einfluß zu üben, begründet aber in keinem Fall eine so sichere Ueberzeugung, daß jeder Versuch eines Zeugen- oder sonstigen Beweises im Voraus für vergeblich gehalten werden müßte.

II. Der zweite Grund des Obergerichts besteht darin,

daß unter der Partie von 20 tons nach den eignen Angaben der Beklagten 2—3 tons, also mehr als $\frac{1}{10}$, beschnittene Kuchen gewesen seien, dem Käufer einer nach Gewicht behandelten Waare aber im Falle einer solchen Beimischung nicht angesonnen werden dürfe, eine stückweise Aussortirung vorzunehmen. Und diesem Grunde mußte beigepflichtet werden.

Man kann es mit dem Obergericht dahingestellt sein lassen, ob das Groninger Gutachten, indem es angiebt, es seien 2100 Kilo „stukken" vorgefunden worden, damit zu erkennen geben wollte, daß in dieser Partie und nur in dieser die beschnittenen Kuchen enthalten seien, wie das Handelsgericht angenommen hat, oder ob dasselbe sich auf die beschnittene Form der Kuchen überhaupt nicht bezog, wie die Kläger in zweiter Instanz und jetzt geltend zu machen versucht haben. Denn jedenfalls haben die Beklagten von Anfang an eingeräumt, daß sie 2—3 tons Rappkuchen, weil dieselben naß gewesen seien, vor der Verladung der Manipulation des Beschneidens unterwerfen ließen. Daß die so behandelten 2—3 tons beim Verladen in Altona abgesondert gestaut worden wären, dafür liegt nirgends eine Andeutung vor und es ist dies von den Beklagten selbst gar nicht behauptet worden. Es muß somit davon ausgegangen werden, daß dieselben mit den übrigen untermischt waren, und zwar mit denen der zuerst und unten im Schiff verladenen Partie von 20 tons, wie dies aus der obigen Ausführung unter I. 1) folgt, so daß die Hinweisung der Beklagten, die beschnittenen Kuchen könnten sich möglicherweise unter der ohne Erinnerung angenommenen Partie von 37,000 Kilo befunden haben, keine Beachtung verdient.

Um dieser Vermischung willen waren die Kläger bei Ankunft der Alberdina berechtigt, die Partie von ca. 20,000 Kilo abzulehnen. Denn wiewohl nach Beschaffenheit der Waare die Theilbarkeit der Vertragserfüllung keinem Zweifel unterliegt, ohne daß auf den Inhalt des Art. 359 des Handelsgesetzbuches eingegangen zu werden braucht, so hatten die Kläger doch nicht die Pflicht, zum Behuf theilweisen Empfangs

eine stückweise Aussortirung vorzunehmen, die jedenfalls hier das Maß der dem Empfänger einer von auswärts übersandten Waare obliegenden Verbindlichkeiten (vergl. Art. 347 348 des Handelsgesetzb.) überschritt. Auch bedarf die Behauptung der Beklagten, daß die Kläger, weil sie von den gesammten 55,000 Kilo nur 18,000 aufgeschossen haben, sich dieser Pflicht selbst unterworfen hätten, keiner besonderen Widerlegung. Stand den Klägern aber bei Ankunft der Waare dieser Ablehnungsgrund zur Seite, so haben sie sich auch dessen gerichtliche Geltendmachung durch die unbestrittenermaßen sofort, erst telegraphisch, dann brieflich, erklärte Beanstandung der fraglichen 20,000 Kilo genügend gewahrt; indem der vom Ober-Appellations-Gericht wiederholt befolgte Grundsatz, daß die dem Käufer obliegende Anzeige mangelnder vertrags- oder gesetzmäßiger Beschaffenheit der Waare nicht mit einer sofortigen vollständigen Specialisirung sämmtlicher Ausstellungen verbunden zu werden brauche,

Hamb. Flaur & Co. c. Veit u. Immanuel. Juni 1838,
Frkf. St. Goar c. Gebrüder Wer. Febr. 1858 (Vereinssamml. Bd. 4 S. 45),

durch Art. 347 des Handelsgesetzbuches keine Aenderung erfahren hat.

Vergl. v. Hahn Comment. Bd. 2 S. 231.

Und im jetzigen Proceß haben die Kläger ihre Ablehnung der 18,201 Kilo sowohl in der Klage als in der Replik ausdrücklich mit darauf gestützt, daß ein Theil der Waare beschnitten verladen worden, daß die volle Form der Rappkuchen für den Handel erheblich sei, daß sie beschnittene Kuchen nicht gebrauchen könnten und nicht verpflichtet gewesen seien, dieselben auszusuchen.

Hiernach könnte sich nur fragen, ob der gerügte Mangel etwa als erledigt anzusehen sein würde, wenn die beschnittenen Kuchen sich ausschließlich in der von den Groninger Sachverständigen als stukken bezeichneten Partie von 2100 Kilo befunden haben sollten, und ob nicht deßhalb dieser Punkt noch thatsächlich aufgeklärt werden müsse. Auch diese

Frage war jedoch zu verneinen. Man kann davon absehen, ob das bei Ankunft der Waare einmal begründete Ablehnungsrecht dadurch, daß es bei Gelegenheit der durch die Sachverständigen angestellten Prüfung zu einer Aussortirung gekommen war, den Klägern wieder verloren gehen konnte. Jedenfalls hätte dies durch eine bestimmt vorzuschützende und zu substantiirende Einrede von den Beklagten geltend gemacht werden müssen, während weder in der Vernehmlassung noch in der Duplik die geringste Andeutung darüber vorkommt, und der beklagtische Sachführer erst in jetziger Instanz den Punkt, wiewohl ebenfalls nur im Sinne einer hypothetischen Argumentation, berührt hat.

Hamburg. 37.

In Untersuchungssachen wider J. H. Jestram zu Hamburg, Inculpaten, zur Sache wider F. W. Jestram daselbst und Consorten, wegen betrügerischen Bankerotts u. w. d. a., jetzt Nichtigkeit betreffend.

Das Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 22. April 1869 hat auf erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ein Erkenntniß des Obergerichts vom 6. November 1868 als nichtig wieder aufgehoben, aus nachstehenden Gründen:

Gegen den Querulanten, welcher in eine ursprünglich wider seinen Bruder Friedrich Wilhelm Jestram wegen betrügerischen Bankerotts und anderer Unrechtfertigkeiten gerichtete Untersuchung mit hineingezogen worden ist, hat das Obergericht am 6. November 1868 eine sechswöchentliche Gefängnißstrafe ausgesprochen. Die vorangehende Untersuchung hatte, so weit sie den Querulanten betraf, wesentlich auf den Umstand sich bezogen, daß derselbe kurz vor dem Zeitpunkte,

in welchem sein Bruder unter Mitnahme bedeutender Geldmittel und mit Hinterlassung ungedeckter Schulden von Hamburg sich entfernte, Hypothekposten zum Belauf von 21,000 ℔ Crt. von Jenem sich hatte zuschreiben lassen, ohne ihm die Valuta derselben zu vergüten oder nachmals bereit zu sein, sie der Fallitmasse seines Bruders zu berichtigen, wie er denn erst im Laufe der Untersuchung, nach anfänglicher Vorbringung falscher Angaben, zu der Rückgabe jener Posten oder deren Aequivalents an die Masse sich verstanden hat. Auf dies Verhalten des Querulanten bezieht sich jenes Straferkenntniß, welches über den Grund der Strafverfügung angiebt, derselbe liege darin, daß der Querulant

> „entweder des Versuches der widerrechtlichen Aneignung der 21,000 ℔ Crt. Hypothekposten zu eigenem Nutzen oder der Beihülfe und beziehungsweise der Begünstigung der betrügerischen Handlungsweise seines Bruders sich schuldig gemacht habe."

Der Querulant hat das in Rede stehende Straferkenntniß deßhalb als nichtig angefochten, weil, während jede Verhängung einer Strafe die Angabe derjenigen strafbaren Handlung oder Handlungen, deren der Verurtheilte sich nach der Ansicht des Richters schuldig gemacht habe, mit Nothwendigkeit voraussetze, eine solche Angabe hier nicht gemacht worden sei, wo das Straferkenntniß nur die Möglichkeit des Vorhandenseins eines von zwei näher bezeichneten Verbrechen statuire, ohne sich darüber auszusprechen, welches von beiden der Strafverfügung zu Grunde gelegt werde. Und dem Querulanten war sowohl darin beizupflichten, daß die vorgedachte Unbestimmtheit bestehe, als darin, daß hierin ein Grund liege, um eine Nichtigkeit des Erkenntnisses anzunehmen.

In Betreff des ersten Punktes genügt eine Verweisung auf das Erkenntniß selbst, in welchem außer dem oben hervorgehobenen Satze keine andere denselben näher bestimmende oder erläuternde richterliche Aeußerung enthalten ist. Zwar hat das Obergericht in der über den fraglichen Punkt auf

Grund des § 167 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellations-Gericht ertheilten Erklärung sich dahin ausgesprochen, daß hier einer der nicht seltenen Fälle vorliege, in welchen ein unzweifelhaft strafbarer Thatbestand, bei nicht genau erkennbarer Willensrichtung des Inculpaten, möglicher Weise einer verschiedenen strafrechtlichen Qualification, einer für den Inculpaten schwereren oder einer minder schweren, unterzogen werden könne, und der Richter in der Lage sei, das Vorhandensein nur des minder schweren Verbrechens bei dem abzugebenden Erkenntnisse zu Grunde legen zu können, wie denn auch hier die Verurtheilung des Inculpaten und die Bestimmung des Strafmaßes in Beziehung auf die in Frage stehende „Beihülfe zu der betrügerischen Handlungsweise des Friedrich Wilhelm Jestram und resp. deren Begünstigung," als das minder schwere Verbrechen, erfolgt seien: allein dieser außerhalb des Straferkenntnisses ertheilten Erläuterung ist keine weitere Folge zu geben, da sie als Theil des letzteren nicht angesehen werden kann. Als solchen würde der Inculpat nur etwa einen, auf ein seinerseits bei dem Obergerichte angebrachtes Declarationsgesuch erfolgten erläuternden Nachtrag zu dem Erkenntnisse gelten zu lassen gehabt haben.

Die zweite hier in Betracht kommende Frage, ob ein von einem Criminalrichter ausgesprochenes Erkenntniß, in welchem eine Strafe über den Inculpaten verhängt wird, ohne denselben eines oder mehrerer bestimmt darin bezeichneter Verbrechen für schuldig zu erklären, als nichtig anzusehen sei, ist unbedenklich mit dem Querulanten zu bejahen.

Es ist eine unerläßliche Voraussetzung eines jeden Strafurtheils, daß darin der **Grund** der Strafverfügung angegeben werde, nämlich die dem Verurtheilten beigemessene strafbare Handlung. Dies folgt aus der Natur der Sache und ist eine Consequenz der zu den Fundamentalregeln des Strafrechts gehörenden Vorschrift nulla poena sine crimine. Ist es hiernach als eine vom Richter nothwendig zu erfüllende Aufgabe anzusehen, in jedem Straferkenntnisse die dem Verurtheilten zur Last gebrachte strafbare Handlung (oder vor-

kommenden Falles die mehreren strafbaren Handlungen) bestimmt zu bezeichnen, so muß in einem hiervon abweichenden Verfahren ein wesentlicher Mangel in procedendo erblickt werden.

Auf das materielle Interesse, welches für die Inculpaten bei der Festhaltung der in Rede stehenden Vorschrift besteht, kommt es, wenn diese, wie hier wirklich der Fall ist, zu den wesentlich festzuhaltenden Regeln des Strafproceßrechts gehört, nicht weiter an. Indessen leuchtet die hohe Wichtigkeit derselben von selbst ein. Für die Inculpaten liegt in dem Bestehen jener Regel eine Gewährleistung dafür, daß der Richter bei der Subsumtion des für erwiesen erachteten Thatbestandes unter die strafrechtlichen Bestimmungen eine eingehende Prüfung der in Betracht kommenden Umstände nicht unterlasse. Ueberdies ist es in der großen Mehrzahl der Fälle für den Inculpaten von Erheblichkeit, daß es in Gewißheit gebracht werde, wegen welches Verbrechens er verurtheilt werde. Nicht nur haben einige Verbrechen besondere civilrechtliche Folgen, sondern, was von größerer Bedeutung ist, die Verbrechen werden in Betreff ihrer die Ehre verringernden Wirkung von der öffentlichen Meinung verschieden veranschlagt, so daß jeder Verurtheilte ein dringendes Interesse dabei hat, nicht durch Unbestimmtheit des Strafurtheils möglicherweise in einen für ihn ungünstigeren Ruf gerathen zu können, als welcher ihn bei der Darlegung der wirklich ihm zur Last gelegten Handlung getroffen haben würde. Endlich ist, falls es sich um ein Erkenntniß handelt, gegen welches noch ein ordentliches Rechtsmittel statthaft ist, auch das in vorliegender Sache von dem Inculpaten geltend gemachte Moment als zutreffend anzuerkennen, daß eine wirksame Vertheidigung im hohen Grade dadurch erschwert wird, wenn aus dem anzufechtenden Erkenntnisse nicht mit Gewißheit zu ersehen ist, wegen welcher strafbaren Handlung die Verurtheilung des Inculpaten erfolgte.

Hamburg. 38.

Dr. C. Arndt zu Hamburg, als Bevollmächtigter von **Jürgen Timm** zu Uetersen, Kläger, wider Syndikus **Dr. Amsinck** zu Hamburg, Beklagten, Vorzeigung eines Codicilles betreffend.

Ist bei Anstellung des interdictum de tabulis exhibendis der Nachweis eines Interesses erforderlich?

Rechtsfall. Gegen den Beklagten, als Testamentsvollstrecker eines zu Hamburg zu Anfang dieses Jahrhunderts mit Hinterlassung sehr bedeutenden Vermögens verstorbenen Joh. Peter Averhoff trat der Kläger klagend mit dem Verlangen auf, daß ihm Einsicht in ein in des Beklagten Besitz befindliches Codicill des Erblassers gewährt werde, durch welches Seitenverwandte desselben, zu denen Kläger gehöre, mit einem nicht unbeträchtlichen Theile des Nachlasses bedacht seien.

Von Seiten des Beklagten ward nicht nur der Besitz des angeblichen Codicills, sondern auch die Berechtigung des Klägers, die Einsicht desselben zu verlangen, bestritten und darauf vom Niedergericht am 7. Januar 1867 erkannt, daß der Kläger nach vorgängiger Ableistung eines Gefährdeeides den Beweis zu führen habe:

> daß der Beklagte oder eine andre Person für ihn eine von Joh. Pet. Averhoff nach dessen Testament vom 12. Oct. und Additament vom 31. Oct. 1808 errichtete letztwillige Verfügung in Händen habe, oder seit Anstellung dieser Klage in Händen gehabt habe.

In den Entscheidungsgründen wird — soweit es hier darauf ankommt — bemerkt, daß das interdictum de tabulis exhibendis von demjenigen angestellt werden könne, welcher ein begründetes Interesse an der Inspection der fraglichen

letztwilligen Verfügung habe. Kläger habe sich aber in dieser Beziehung den Umständen nach genügend legitimirt, zumal wenn man ins Auge fasse, daß bei dieser Art Editionsklage das Erforderniß des Interesse weniger streng beurtheilt werde, wie denn z. B. nach l. 1, 3 ff. D. de tab. exh. (43, 5) auch die Inspection eines aus irgend welchem Grunde ungültigen Testamentes gefordert werden könne.

Das Obergericht erkannte jedoch am 26. October 1868, Kläger habe vor Antretung des ihm nachgelassenen Beweises annoch bei Strafe der Abweisung von der Instanz glaubhaft zu documentiren, daß er in dem von ihm angegebenen Verwandtschaftsverhältniß zu dem J. P. Averhoff stehe, oder doch, daß und in welchem Grade er zu dessen Seitenverwandten gehöre. Auch seien in dem niedergerichtlichen Beweissatze die Anfangsworte dahin zu fassen:

„daß Beklagter oder eine andre Person in seinem Auftrage oder seines Wissens für ihn eine u. s. w. in Händen gehabt habe."

Auf Berufung des Klägers erkannte darauf das Ober-Appellations-Gerichts am 27. April 1869, daß das vorige Urtheil zwar im Uebrigen zu bestätigen, der dem Kläger vom Obergerichte auferlegte Legitimationsbeweis jedoch in Wegfall zu bringen sei.

Entscheidungsgründe.

Der Kläger beschwert sich darüber, daß erkannt, wie geschehen, und nicht das Niedergerichts-Erkenntniß vom 6. Juli 1868 lediglich bestätigt, auch der Beklagte in die Kosten der Appellations-Instanz verurtheilt sei. Er verlangt also dreierlei:

a) die Aufhebung der ihm von dem Obergericht unter dem Präjudiz der Entbindung von der Instanz vor Antretung des ihm in dem Niedergerichts-Erkenntniß auferlegten Beweises gemachten Auflage, glaubhaft zu documentiren, daß er in dem in der Klage angegebenen Verwandtschaftsverhältnisse zu weiland Joh. Peter Averhoff stehe, oder daß und in welchem Grade er zu dessen Seitenverwandten gehöre.

Anlangend zunächst die in dem römischen Recht enthaltenen Grundsätze, so lauten die Worte des Prätorenedicts über das Interdict de tabulis exhibendis:

l. 1 pr. D. 43, 5, vgl. mit

l. 1 pr. D. quemadm. test. aper. 29, 3,

so allgemein, daß man hiernach einem Jeden, welcher die Einsicht eines letzten Willens von dessen Besitzer nach dem Tode des Testirers beansprucht, an sich das betreffende Recht nicht wird versagen können. Auch deutet in dem Digestentitel 43, 5 so wenig wie in dem einzigen Gesetz des betreffenden Codextitels 8, 7 irgend Etwas auf eine Beschränkung. Der Regel nach bedarf es also bei diesem Interdict der Darlegung eines Interesses nicht. Das Interdict steht unter dem Princip publice expedit suprema hominum judicia exitum habere;

l. 5 D. 29, 3,

in diesem Sinne wird das Testament ꝛc. als ein publicum instrumentum bezeichnet;

l. 2 pr. D. 29, 3,

und das Interdict hat in den Digesten um deßwillen an der Spitze der publica interdicta seine Stelle.

Natürlicherweise wird das Interdict zwar vornehmlich von denen angestellt, denen im Testament ꝛc. etwas hinterlassen ist, und es versteht sich von selbst, daß, wenn auch die Klagbegründung die Darlegung eines Interesses nicht bedingt, doch schließlich von einem materiellen Erfolg des Rechtsmittels im Fall eines Ungehorsams des Beklagten nur bei Nachweis eines Interesse des Klägers die Rede sein kann:

l. 3 § 10 bis 14 D. 43, 5,

Keller, Pandecten § 498 z. E. p. 948.

Jener Nachweis fällt aber natürlich hinweg, sobald eine Execution auf das Object direct zum Ziele führt.

Völlig damit vereinbar ist es, daß, sobald irgend welche Vermuthung vorhanden ist, das Interdict werde aus Chikane angestellt, der Beklagte dagegen durch die Auferlegung eines Gefährdeeides zu schützen ist:

l. 3 C. quemadm. test. 6, 32,
Göschen, Vorles. Bd. 3. S. 118 not. 10,
Mühlenbruch in Glück's Commentar, Bd. 43. S. 389,
Puchta, Pand. § 398 not. 6,
Arndt, Pand. 3. A. § 346 not. 4.

Ergiebt sich nun aus diesen reinen Grundsätzen des römischen Rechtes ohne Weiteres, daß das Verlangen des Klägers für begründet zu erachten ist, so mußte demselben selbst dann entsprochen werden, wenn man in Betreff der Begründung des Interdicts strengere Anforderungen stellt. So spricht sich z. B.

Sintenis, Civilr. 2. A. Bd. 3. S. 476 not. 12

für die Nothwendigkeit aus, daß das Interesse auf irgend eine Weise erwiesen werde, und daneben für die Auferlegung eines Gefährdeeides in den dazu geeigneten Fällen, indem einmal nicht abzusehen sei, wie der Gefährdeeid die Stelle eines Erfüllungseides in Betreff des Interesses zu vertreten im Stande sei, und indem zweitens ohne Nachweis des Interesses die Möglichkeit einer Substantiirung der dem Beklagten obliegenden Entschädigungspflicht kaum denkbar sei.

Es kann nun in Betreff dieser Ansicht dahingestellt bleiben, ob bisweilen Mangel des Interesses und Abwesenheit der Chikane nicht nahe an einander liegende Begriffe sind; und ferner, ob, abgesehen von dem oben Bemerkten, Nachweis des Interesses und Interdict zur Gewinnung eines Documentes, welches den Anspruch des Klägers erst begründen soll, nicht oft innerlich sich widerstreitende Dinge sind, sobald man es mit jenem Nachweis einigermaßen ernst nimmt. Jedenfalls ist so viel ausgemacht, daß der Anspruch des Klägers selbst dann fundirt ist, wenn man dieser strengeren Ansicht folgt, und die Anforderungen an eine zu liefernde Bescheinigung nicht in einer der Natur des Rechtsmittels offenbar widerstreitenden Weise zu hoch stellt.

Wenn nämlich die Klagbehauptung dahin gerichtet ist, Joh. Peter Averhoff habe nach Errichtung seines Testamentes und des ersten Nachtrags zu solchem noch ein ferneres Codicill zu Gunsten seiner in Holstein lebenden Verwandten verfaßt, dessen Vorlegung von dem Beklagten verlangt werde,

so wäre, abgesehen von der Besitzesfrage, zur Begründung des rechtlichen Interesses des Klägers nichts weiter erforderlich, als die Behauptung, daß Kläger oder eine Person bedacht sei, in deren Rechte er eingetreten ist. Diese Bedenkung nun gerade ist es, welche durch den Codicill klar gestellt werden soll. Um die Möglichkeit nicht bloß, sondern sogar die Wahrscheinlichkeit einer derartigen Verfügung einigermaßen plausibel zu machen, ist in der Klage hinzugefügt, die Blutsverwandten des Joh. Peter Averhoff seien die Bedachten; und dafür, daß Kläger zu ihnen zähle, wird eine Stammtafel und eine Reihe von Bescheinigungen beigebracht. Nun würde es aber sicherlich über den Zweck dieser Anführung hinausgehen, wenn man bei deren Nachweis mit voller Strenge verfahren, also nicht bloß die einzelnen Geburten, sondern überdies, daß sie die einzigen, und ferner, daß sämmtliche Näherberechtigte gestorben, und endlich vielleicht gar noch die Identität der in dem Kirchenbuch aufgeführten Personen mit den wirklichen Verwandten des Testirers verlangen wollte. Es genügen die Geburtsnachweisungen, und daß auf den ersten Blick nicht etwa Unwahrscheinlichkeiten hervortreten. Hieran fehlt es.

Wenn das Obergericht hervorhebt, der Name von Joh. Peter Averhoff stehe nicht auf der Stammtafel, so wird nicht beachtet, daß sie von dem Pastor Lilie angefertigt ist, und nur die Personen aufführt, welche aus seinem Kirchenbuche sich nachweisen ließen. Joh. Peter Averhoff aber ist nach № 14 in Altona geboren und daselbst den 26. Octbr. 1723 getauft. Daß er derselbe ist, von dessen Beerdigung am 10. März 1809 № 3 Zeugniß giebt, erhellt mit größter Wahrscheinlichkeit aus der fast auf den Tag stimmenden Angabe, daß er ein Alter von 85 Jahren 4 Monaten und 10 Tagen erreicht habe, wenn man die Tage von dem am 4. März erfolgten Tode bis zum Begräbniß und von der Geburt bis zur Taufe in Anschlag bringt. Daß er der Sohn eines Peter A. war, und daß ein Peter A. auf der Horst als ehelicher Sohn eines andern Peter A. am 16. Octbr. 1687

getauft ward, während ein Johann A. daselbst gleichfalls am 19. Octbr. 1675 als ehelicher Sohn eines Peter A. getauft ward, und daß einem Johann A. 1733 den 6. April ein Sohn Jacob A. getauft ward, alle diese Bescheinigungen sind vorläufig ausreichend, um zu documentiren, daß der Erblasser und Jacob A. Vettern, ihre Väter Johann und Peter hießen und der gemeinsame Stammvater Peter war. Auch kann der Umstand, daß der Testirer in dem Tauf- und Sterbeschein mit ff und ebenso sein Vater in Lilie's Taufschein geschrieben ist, wogegen sowohl von Lilie wie von seinem Nachfolger im Pastorat zu Horst, Ruchmann, die gesammte Nachkommenschaft von Johann A. mit f geschrieben ist, kaum erheblich in die Waagschale fallen, da derartige Verschiedenheiten, ganz abgesehen von den Schreibweisen der Pastoren in den Kirchenbüchern, oftmals in individuellen Eigenheiten einzelner Familienzweige ihren Grund haben und ohne Bedeutung für die Verwandtschaft sind. Im vorliegenden Falle verliert diese Abweichung aber um so mehr an Bedeutung, als die Stammtafel und die Kirchenbuchs-Extracte anscheinend von derselben Hand, der des Pastors Lilie, herrühren, und dieser dieselben Personen bald mit f, bald mit ff geschrieben hat. Daß aber schließlich das Fehlen des Geburtstags in manchen Taufscheinen und die Nichtangabe der Mütter in mehreren, besonders älteren Taufscheinen diesen ihren Werth nicht nehmen, ist in Beihalt der Art der Kirchenbuchführung besonders auf dem Lande in den vorigen Jahrhunderten wohl ohne Weiteres klar, da weder die Geburtstage noch die Namen der Ehefrauen früher an verschiedenen Orten in die Taufregister eingetragen zu werden pflegten. Wie aber der Vater des Testirers nach Altona gekommen, darüber kann natürlich aus den Kirchenbüchern nichts erhellen.

Vorstehende Ausführungen führen dahin, dem wiederholt von dem Beklagten geltend gemachten Mangel der Legitimation in dem vorliegenden Rechtsstreit keine Bedeutung beizumessen, und das Niedergerichts-Erkenntniß insoweit herzustellen.

Die Unwahrscheinlichkeit des erfolgreichen Anspruchs, die wiederholten Belästigungen der Averhoff'schen Testamentsvollstrecker, die früheren erfolglosen Versuche der Seitenverwandten des Testirers zu einem Theil seines Vermögens zu gelangen, das lange Schweigen bis zum Absterben der Personen, welche der Verhältnisse kundig waren, — alle diese Momente, so schwer sie dem Beklagten wiegen mögen, sind, so wie die Acten liegen, wohl nur geeignet, den auferlegten Gefährdeeid als nothwendig erscheinen zu lassen, sie können aber nicht zu einer ungünstigeren Beurtheilung des Legitimationspunktes führen.

Der Kläger verlangt

b) daß der Fassung des Niedergerichts-Erkenntnisses, wornach er beweisen soll,

daß Beklagter oder eine andere Person für ihn — — eine weitere letztwillige Verfügung des Joh. Peter A. in Händen habe rc.,

vor der des Obergerichts-Erkenntnisses,

daß der Beklagte oder eine andere Person in seinem Auftrage oder seines Wissens für ihn rc.,

der Vorzug gegeben werde. Dieser Beschwerde fehlt der Inhalt, da die Fassung des Obergerichts nichts weiter enthält als einen ausdrücklichen Ausspruch dessen, was in den Worten „für ihn" mit Nothwendigkeit bereits enthalten ist.

Wenn aber der Kläger

c) das Verlangen stellt, wenn es in diesem Punkte bei der Fassung des Obergerichts verbleiben und dessen Erkenntniß in Betreff des Legitimationsbeweises abgeändert werden müßte, die Kosten der Appellations-Instanz dem Beklagten aufzulegen, so übersieht er, daß die Kostenvergleichung in voriger Instanz als nothwendige Folge der Abänderung des ersten Erkenntnisses in einem wesentlichen Punkte zu betrachten ist, und daß nach ununterbrochener Praxis des Ober-Appellations-Gerichts im Fall einer Wiederherstellung des ersten Erkenntnisses in Betreff der Kosten zweiter Instanz nicht so erkannt wird, wie hätte erkannt werden müssen, wenn

der vorige Richter die Auffassung des letzten Richters getheilt hätte, sondern so, wie von seinem Standpunkte aus zu erkennen war; und daß mithin in einem derartigen Falle stets die Kosten beider Appellations-Instanzen verglichen werden.

---

39. Hamburg.

Heinrich Gottlieb Mosel in Geesthacht, Provocant, wider **F. A. Lodde** und Genossen zu Bergedorf, Provocaten, wegen Verbots einer Brauerei, jetzt provocatio ad agendum betreffend.

Nothwendige Voraussetzung der Provocation ex lege diffam. ist nicht, daß die Berühmung öffentlich oder doch vor dritten Personen vorgekommen sei; auch kommt es nicht auf den Nachweis einer durch die Diffamation dem Provocanten zugeführten Benachtheiligung, oder überhaupt eines besonderen Interesses an Verfolgung der Provocation an.

Wenn auch die Provocation nur ein subsidiäres Rechtsmittel ist, so ist es doch Sache des Provocaten, zu zeigen, daß der Provocant in der Lage sei, des berühmten Anspruchs wegen mit einer Klage gegen ihn auftreten zu können.

Rechtsfall. Im Jahre 1866 erhoben die jetzigen Provocaten beim Amtsgericht zu Bergedorf eine Klage gegen den jetzigen Provocanten, in welcher sie darauf antrugen, dem Letzteren die Anlegung und Betreibung einer Brauerei in dem Dorfe Geesthacht zu untersagen. Gestützt ward dies Verlangen auf die Behauptung, daß sie, die Kläger, als städtische Brauer nach gemeinem, wie speciell Hamburgischem Recht, sowie nach feststehendem Herkommen des Amtes Bergedorf ein Widerspruchsrecht gegen jeden Brauereibetrieb auf

dem Lande besäßen, und fügten die Kläger im ferneren Verlauf des Processes noch hinzu, daß sie im Besitz solcher Rechte seien, durch welche sie die Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei zu Geesthacht zu verhindern rechtlich im Stande seien.

Mit dieser Klage wurden sie in allen drei Instanzen abgewiesen, und zwar bestätigte das Ober-Appellations-Gericht die früheren Entscheidungen durch Erkenntniß vom 31. Decbr. 1867 dahin, daß die Klage nicht, wie von den vorigen Instanzen ausgesprochen worden war, gänzlich, sondern nur angebrachtermaßen abzuweisen sei, indem es den Klägern unbenommen bleiben müsse, ihren Anspruch anderweitig neu zu begründen und weiter rechtlich zu verfolgen.

In Folge dieser drittinstanzlichen Entscheidung*) ist nun von dem früheren Beklagten die Provocation gegen die genannten Brauer erhoben worden. Das Amtsgericht zu Bergedorf wies am 24. Juli 1868 den Provocanten mit seinem Verlangen zurück, weil es an der Voraussetzung jeder Provocation, der Berühmung, fehle. In der von den jetzigen Provocaten früher angestellten Klage hätten dieselben sich nur eines Anspruchs auf Grund der den Städten, speciell dem Städtchen Bergedorf, dem platten Lande gegenüber zustehenden Bannrechts berühmt, und dieser Anspruch sei rechtskräftig verworfen. Andere Klagegründe, die in dem Erkenntniß der dritten Instanz den Provocaten offen gelassen seien, hätten diese Letzteren nicht geltend gemacht, und jedenfalls fehle es in dieser Beziehung an einer jeden Bescheinigung einer stattgehabten Berühmung.

Von Seiten des Obergerichts ward jedoch am 4. Dec. 1868 der Provocation stattgegeben.

In den Gründen wird bemerkt: durch die erfolgte Abweisung der früheren Klage könnten nur die Gründe für erledigt gelten, welche die Provocaten zur Rechtfertigung ihres Petitum, dem Provocanten die Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei in Geesthacht zu verbieten, geltend ge-

*) cf. Bd. 3 dieser Sammlung S. 1022 ff.

macht hätten, nicht aber auch die Berühmung des behaupteten Verbietungsrechts selbst, welche in dem damaligen Klagpetitum ihren ganz allgemein gehaltenen Ausdruck gefunden habe. Auch sei das Interesse unverkennbar, welches der Provocant daran habe, baldigst und vor Inangriffnahme des beabsichtigten Baues es zum Austrage gebracht zu sehen, ob den Provocaten in der That das berühmte Verbietungsrecht zustehe oder nicht. Endlich sei auch eine dem Provocanten zustehende selbstständige Klage, durch welche die desfallsige Entscheidung herbeigeführt werden könnte, nicht erfindlich.

Unter dem 8. Mai 1869 bestätigte das Ober-Appellations-Gericht das vorige Urtheil aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Den Provocaten muß freilich

I. darin beigetreten werden, daß die Provocation durch Bezugnahme auf die von den Brauern der Stadt Bergedorf im Jahre 1866 gegen den Provocanten angestellten Klage nicht begründet werden kann. Mittelst dieser Klage ist nur ein angebliches Recht der Stadt Bergedorf auf ausschließlichen Betrieb der s. g. städtischen Gewerbe, insbesondere der Bierbrauerei, und auch dieses Recht nur in soweit geltend gemacht worden, als die damaligen Kläger dasselbe durch Berufung auf einen Satz des gemeinen Rechtes, beziehungsweise des im Amte Bergedorf geltenden Particularrechtes, welcher in den Erlassen der dortigen obrigkeitlichen und gesetzgebenden Gewalt ausreichende Anerkennung gefunden habe, begründen zu können vermeinten.

Vgl. die Entscheidungsgründe zum Urth. des O.-A.-Ger. vom 31. Decbr. 1867.

In der Anstellung einer Klage an sich kann aber keine andere Berühmung gefunden werden, als die Behauptung eben des Rechtes, welches und wie dasselbe durch die Klage verfolgt und in judicium deducirt wird. Wenn auch die damaligen Kläger ihren Antrag dahin formirt haben:

dem Beklagten zu verbieten, in Geesthacht eine Bierbrauerei anzulegen und zu betreiben u. s. w.,

so ist doch für die Frage, welches Recht sie in der Klage gegen den Beklagten in Anspruch genommen haben, nicht dieser Wortlaut des Antrags für sich allein maßgebend, sondern derselbe erhält erst in Verbindung mit der dafür gelieferten thatsächlichen und rechtlichen Begründung seine eigentliche juristische Bedeutung. Die Kläger haben sich durch Stellung des fraglichen Antrags eines gegen den Beklagten ihnen zustehenden Verbietungsrechtes nicht in genere, sondern nur in solchem Maße berühmt, wie sie ihr vermeintliches Recht in der Klage abbeschriebenermaßen näher charakterisirt haben. Eine weiter gehende Berühmung kann insbesondere auch nicht in der an die Spitze der Klagschrift gestellten, ganz allgemein lautenden Behauptung gefunden werden:

> Ihr Recht gehe dahin, von dem Gerichte ein gänzliches Verbot hinsichtlich der Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei in Geesthacht gegen den Beklagten zu erwirken.

Denn die Klage ist als ein Ganzes zu behandeln, und jene vorangeschickte allgemeine Behauptung ist, der Sache nach, ganz ebenso, wie der am Schlusse gestellte Antrag, nur die aus der im Libelle gelieferten näheren Begründung gezogene Consequenz. Denkbar bleibt es freilich sehr wohl, daß in einer Klage oder sonstigen Proceßschriften die Berühmung auch noch anderer, als der in judicium deducirten Ansprüche vorkomme. Das Vorhandensein einer derartigen Berühmung ist indessen aus den Vorträgen der Kläger in den adjungirten Acten nicht ersichtlich, auch vom Provocanten gar kein Versuch der näheren Nachweisung einer solchen gemacht worden.

Nun ist aber die im Jahre 1866 von den Bergedorfer Brauern erhobene Klage in drei Instanzen und zwar in solcher Weise zurückgewiesen worden, daß der Provocant gegen wiederholte Geltendmachung des mit dieser Klage verfolgten Anspruchs ein- für allemal durch Rechtskraft geschützt ist. Denn wenn das Ober-Appellations-Gericht das Decisum der früheren Erkenntnisse, wonach Kläger mit ihrer Klage „ab- und zur Ruhe verwiesen“ waren, dahin modificirt hat,

„daß die Kläger mit der von ihnen angestellten Klage nur angebrachtermaßen abzuweisen seien," so war damit — wie die bezüglichen Entscheidungsgründe zum Urtheile vom 31. December 1867 klar ergeben und wie sich auch schon in der gewählten Form einer Bestätigung des Obergerichts-Erkenntnisses mit der fraglichen Maßgabe ausspricht — nicht eine Abänderung, sondern nur eine Erläuterung der in den früheren Instanzen ausgesprochenen Abweisung bezweckt. Mit dem Rechte, welches sie und wie sie es durch die erhobene Klage in judicium deducirt hatten, waren und blieben Kläger definitiv abgewiesen. Der Anstellung einer, wenn auch auf dasselbe Ziel einer Verhinderung des Beklagten an Anlegung und Betreibung einer Brauerei in Geesthacht abzweckenden, doch ihrer juristischen Begründung nach von der abgewiesenen verschiedenen Klage stand auch das vom Obergerichte bestätigte Amtsgerichts-Erkenntniß nicht entgegen. Das Ober-Appellations-Gericht hat es nur für angemessen erachtet, diesen schon im Rechte begründeten Punkt ausdrücklich hervorzuheben. Das, und das allein ist die Bedeutung des in dritter Instanz erfolgten Ausspruchs, daß die Klage nur angebrachtermaßen abzuweisen sei. Ist aber solchergestalt der Provocant gegen Wiederholung des mit der fraglichen Klage verfolgten Anspruchs durch Rechtskraft geschützt, so hat damit auch die in der Erhebung dieser Klage zu findende Berühmung ihre definitive Erledigung gefunden.

Mosel hat sich aber zur Begründung seiner Provocation nicht allein auf die Klage, sondern auf den gesammten Inhalt der adjungirten Acten berufen und insbesondere schon in der Provocationsschrift

II. auch die der Klaganstellung vorausgegangene „Einsprache" der Provocaten, d. i. den Protest vom 3. Febr. 1866 in Bezug genommen, den in jenem früheren Processe die damaligen Kläger selbst zu den Acten gebracht haben. Die Einlegung dieses Protestes ist erfolgt in Veranlassung der dem Mosel am 5. Januar 1866 von der Visitation des

gemeinschaftlichen Amts Bergedorf ertheilten Concession zur Errichtung einer Brauerei in Geesthacht, welche Concession sub 4 „die wirklichen oder vermeintlichen Rechte Dritter" in der Art ausdrücklich vorbehalten hatte, „daß der Bittsteller jeden Widerspruch, der gegen die — — — Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei in Geesthacht etwa erhoben werden sollte, auf seine alleinige Gefahr und Kosten im Wege Rechtens zu beseitigen habe." Die Bierbrauer der Stadt Bergedorf ließen, und zwar durch Vermittelung des Amtsgerichts Bergedorf, dem jetzigen Provocanten „ausdrücklich anzeigen," daß dieselben ein im Rechte begründetes Widerspruchsrecht gegen die von Mosel beabsichtigte Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei in Geesthacht in der That wirklich besitzen." Sie würden dasselbe im Wege Rechtens nachweisen und ein gerichtliches Verbot gegen Mosel auswirken. Zugleich machten sie den Letzteren verantwortlich „für allen Schaden, welcher denselben durch Anlegung und Betreibung der gedachten Bierbrauerei entstehen würde," und „reservirten sich sämmtliche Rechte und Befugnisse," welche ihnen gegen den Provocanten „bezüglich einer seinseitigen widerrechtlichen Anlegung und Betreibung einer Bierbrauerei in Geesthacht zuständig seien." Dieser Protest geht viel weiter, als die später angestellte Klage, indem die Protestirenden sich in demselben ohne jegliche Bezugnahme auf einen speciellen Rechtsgrund und Titel in durchaus allgemein lautenden Ausdrücken ein Verbietungsrecht und, für den Fall der Verletzung desselben, Schadensansprüche gegen Mosel zuschreiben. Die darin enthaltene Berühmung ist also eine generelle und umfaßt jede denkbare Art von Verbietungsrecht sowohl, als jeden Titel, worauf ein solches Recht gegründet werden kann. Diese generelle Berühmung haben Provocaten weder durch die von ihnen angestellte, auf eine einzelne Gattung der möglicherweise hier in Betracht kommenden Rechte beschränkte, und nur auf unmittelbare gesetzliche Vorschrift oder Anerkennung sich gründende Klage zurückgenommen oder beschränkt, noch hat dieselbe durch

Zurückweisung dieser Klage ihre definitive Erledigung gefunden, wie sich dies ohne Weiteres daraus ergiebt, daß eine neue Klage behufs Erlangung eben desjenigen Verbots, welches die Provocaten damals beantragt haben, annoch zulässig und vom Ober-Appellations-Gerichte ausdrücklich vorbehalten worden ist: Ebensowenig haben die Provocaten im gegenwärtigen Processe eine Erklärung abgegeben, wodurch sie von ihrem Proteste in seinem ursprünglichen Umfange zurückgetreten wären. Vielmehr ergiebt sich aus der eigenen Anführung derselben: die frühere Mitklägerin und ursprünglich mitprovocirte Actien-Bierbrauerei habe erklärt, auf alle Ansprüche an den Provocanten verzichten und an dem Provocationsprocesse nicht Theil nehmen zu wollen, deutlich, daß die übrigen Provocaten, die den gegenwärtigen Proceß aufgenommen und die Zurückweisung der Provocation beantragt haben, ihrerseits die in dem Proteste im weitesten Umfange angemeldeten Ansprüche, soweit ihnen nicht aus dem Ausgange des früheren Processes res judicata entgegensteht, aufrecht zu erhalten gesonnen sind.

Eine Provocation auf Grund des fraglichen Protestes muß also für noch zulässig erachtet werden, und kommt es nur auf die sonstigen derselben entgegengesetzten Einwendungen an, welche indessen sämmtlich für unbegründet zu erachten sind:

A. Die Behauptung der Provocaten, es fehle an einer Bescheinigung der vorgekommenen Berühmung, erledigt sich nach dem Vorbemerkten von selbst. Der fragliche Protest ist in den adjungirten Acten von ihnen selbst beigebracht worden; und auf die, nach Behauptung des Provocanten, nach Beendigung des früheren Processes von den Provocaten, beziehungsweise Einzelnen derselben abgegebenen positiven Erklärung kommt es nicht an. Genug, daß eine Zurücknahme des Protestes weder ersichtlich noch behauptet ist.

B. Daß die Berühmung, um zu einer Provocation zu berechtigen, öffentlich oder doch vor dritten Personen vorgekommen sein müsse, ist, nach der Ausbildung, die dieses

Institut in der Praxis erlangt hat, keineswegs ein unbedingtes Erforderniß;

vgl. die Entscheidung des O.-A.-Ger. bei Seuffert, Archiv III. № 386.

Es würde aber auch vorliegend, da der fragliche Protest durch Vermittlung des Gerichts dem Provocanten zugestellt und in dem früheren Processe von den Provocaten zu den Acten gebracht worden ist, an jenem Erfordernisse nicht fehlen.

C. Ebensowenig bedarf es nach heutigem Rechte der Nachweisung einer durch die Diffamation dem Provocanten zugefügten Benachtheiligung oder überhaupt eines besonderen Interesses, welches derselbe bei Verfolgung der Provocation hat;

Seuffert l. c.,

Samml. von Erkenntnissen des O.-A.-Ger. in Hamb. Rechtssachen III. p. 82.

Uebrigens liegt dieses Interesse im vorliegenden Falle klar auf der Hand.

D. Wenn auch allerdings die Provocation nur ein subsidiäres Rechtsmittel ist,

vgl. die Entscheidung des O.-A.-Ger. bei Seuffert l. c. № 385,

so wäre es doch Sache der Provocaten gewesen, zu zeigen, daß Provocant in der Lage sei, des berühmten Anspruchs wegen mit einer Klage gegen sie auftreten zu können;

Kierulff, Samml. II. S. 449.

Das haben sie aber so wenig vermogt, daß sie vielmehr selbst erklären, eine solche Klage gebe es nicht.

E. Was endlich den Einfluß des Bundesgesetzes vom 8. Juli 1868 auf den vorliegenden Fall anlangt, so kann es allerdings nicht für zweifelhaft gehalten werden, daß durch § 3 dieses Gesetzes das den Städten als solchen zustehende Recht, den Betrieb eines Gewerbes auf dem Lande zu verbieten, aufgehoben ist, ohne daß es einen Unterschied machen kann, ob dieses Recht unmittelbar durch Gesetz verliehen oder auf Grund eines besonderen Titels, und insbesondere durch unvordenkliche Verjährung, erworben worden ist; und daß daher dasjenige Recht, welches die Provocaten im vorigen

Processe allein verfolgt haben, und auf welches sich der Vorbehalt des Ober-Appellations-Gerichts im Urtheile vom 31. December 1867 zunächst bezog, jetzt gar nicht mehr vorkommen kann. Allein die im Proteste vom 3. Februar 1866 enthaltene Berühmung beschränkt sich, wie gezeigt, nicht auf das gedachte städtische Verzugsrecht, sondern geht ganz allgemein auf ein den Protestirenden zustehendes Verbietungsrecht; und daß ein derartiges Recht auch jetzt noch, trotz der Vorschriften in § 1 und 3 des cit. Bundesgesetzes, als ein klagbares existiren kann, bedarf keiner Ausführung.

Die Provocation hat also auch durch das gedachte Bundesgesetz ihre Erledigung nicht gefunden.

---

40. Hamburg.

J. C. Eckert zu Hamburg, Kläger, wider Dr. Gompertz daselbst, Beklagten, wegen Forderung aus Bürgschaft, jetzt Restitution betreffend.

Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 11. Mai 1869: daß dem Kläger die erbetene Restitution gegen den Ablauf der Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungsfrist zu ertheilen, sein Sachführer N. N. aber in die Kosten des Restitutionsverfahrens, sowie in eine innerhalb vier Wochen, bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung, an die Kanzlei des Ober-Appellations-Gerichts zu zahlende Geldstrafe von Ct. ℔ 30. zu verurtheilen sei, und Beklagter nunmehr binnen gesetzlicher Frist auf die bereits mitgetheilte Appellationsschrift, bei Vermeidung des Ausschlusses, sich zu erklären habe, und zwar

in Erwägung:

1) daß nach § 160 der Gerichts-Ordnung für das Ober-Appellations-Gericht die Schuld des Advocaten oder Procura-

tors einen Grund zur Restitution wider die Versäumung der für die Berufung an das Ober=Appellations=Gericht vorgeschriebenen Fristen auch in Hamburgischen Sachen abgiebt;

Samml. v. Erkenntn. in Hamb. Rechtss. II. S. 1078;

2) daß in der Behauptung: durch eine irrthümliche Berechnung abseiten des Schreibers des klägerischen Anwalts und beziehungsweise dieses Letzteren selbst sei das in Wahrheit auf den 19. März d. J. fallende Ende der Appellations=Einführungsfrist als erst auf den 22. desselben Monats fallend, angenommen, und deßhalb die Appellationsschrift zu spät eingereicht worden, die genügende Darlegung einer durch Schuld des klägerischen Anwalts herbeigeführten Fristversäumniß zu finden, diese Schuld auch von letzterem ausdrücklich einbekannt worden ist;

3) daß nun zwar Beklagter die fragliche thatsächliche Angabe für eine „nicht vollkommen correcte" erklärt, indem vielmehr der klägerische Sachführer ihn, den Beklagten, einige Tage vor Ablauf des Appellationsfatale um Ertheilung einer Frist behufs Einreichung des Libells ersucht und er darauf erwidert habe, daß er zwar gegen Ertheilung einer solchen Frist keine Einwendung habe, daß aber, seiner Meinung nach, der Ablauf des Fatale durch Fristerstreckung nicht aufgehoben werden könnte;

diese Sachdarstellung jedoch die Wahrheit des klägerischen Vorbringens nicht ausschließt, sondern nur auf eine, für die Begründung des Restitutionsgesuchs unerhebliche, Vervollständigung desselben hinausläuft;

indem, wenn die Sache sich so, wie Beklagter angiebt, verhalten sollte, es nur um so mehr als ein Verschulden des klägerischen Anwalts erscheinen würde, daß er — obgleich speciell darauf aufmerksam gemacht, daß die Appellations=Einführungsfrist keiner Erstreckung unterliege,

vgl. Ger.=Ordn. für das O.=A.=Ger. p. 125 —,

es unterlassen, für rechtzeitige Einreichung des Appellationslibells zu sorgen;

4) daß nach § 160 cit. bei Ertheilung der Restitution

der schuldige Sachführer sowohl in die Kosten des Restitutions-Verfahrens als in eine Geldstrafe verurtheilt werden muß.

Ueber die Entscheidung in der Hauptsache vergl. № 90 dieses Jahrganges.

---

41. Hamburg.

Marg. Elisabeth Schmidt zu Kirchwärder, cum cur. ad litem, Klägerin, wider **Hein Burmester** in Altengamme, jetzt **J. Burmester** zu Kirchwärder, als väterlichen Vormund für denselben, Beklagten, Alimente, jetzt Nichtigkeit des früheren Verfahrens betreffend.

Statthaftigkeit der Geltendmachung einer Nullität durch Nullitätseinreden, — Nichtigkeit wegen mangelnder persona standi in judicio.

Die Klägerin hat den minderjährigen Dienstknecht Hein Burmester im Novbr. 1867 als den Vater ihres im Juni 1866 geborenen unehelichen Kindes vor dem Amtsgericht zu Bergedorf wegen Alimente und Wochenbettskosten in Anspruch genommen. Auf die mehreren Citationen, welche gegen den Beklagten erlassen sind, ist derselbe nur einmal, und zwar auf die Citation ad excipiendum sub p. cont., erschienen, und hat den Concubitus mit der Klägerin geläugnet. Es ist dann weiter in contumaciam gegen den Beklagten verfahren, der Klägerin Beweis auferlegt, dieser Beweis durch Eideszuschiebung angetreten, dem Beklagten Erklärung über den Eid s. p. recusati auferlegt, und, als der Beklagte nicht erschien, der Eid für verweigert erklärt, und der Beklagte in 36 ℔ Wochenbettskosten und 36 ℔ jährliche Alimente verurtheilt worden. Als es bei Gelegenheit



der Execution zu einer Beschlaglegung und dadurch zu einer Gerichtsverhandlung kam, hat der Beklagte eingewandt, ihm seien die Citationen in dem letzten Abschnitte des Processes nicht zugegangen, da er schon im Novbr. 1867 zu Altengamme in Dienst getreten sei. Er hat deßhalb in executorio die Nichtigkeitseinrede opponirt, eventuell um Restitution gebeten. Erstere Einrede ist vom Amtsgericht verworfen, auf die letztere ist in gewisser Maße eingegangen. Nunmehr hat der Vater des Beklagten die Sache aufgenommen, und aus zwei Gründen, erstens wegen der unrichtig bestellten Citationen, zweitens weil der minderjährige Sohn, nicht er als rechtlicher Vertreter desselben citirt worden sei, um Aufhebung der condemnirenden Entscheidung gebeten. Das Obergericht hat diesem Antrage entsprochen, und die Sache an das Amtsgericht behufs Formulirung des dem Beklagten zugeschobenen Eides und zur eventuellen Sistirung desselben Seitens des Vaters zur Eidesleistung remittirt. Dawider hat die Klägerin an das Ober-Appellations-Gericht appellirt, und dieses durch Urtheil vom 13. Mai 1869 das angefochtene Erkenntniß bestätigt.

Entscheidungsgründe.

I. In Betreff der vom Amtsgericht verneinten, vom Obergerichte aber bejaheten Frage, ob der Beklagte die von ihm behauptete Nichtigkeit des Amtsgerichts-Erkenntnisses vom 8. April 1868 zulässiger Weise mittelst einer in erster Instanz vorgeschützten Einrede der Nichtigkeit geltend gemacht habe, war dem Obergerichte beizutreten.

Daß das gemeine Proceßrecht dem Condemnirten, welcher aus einem äußerlich rechtsgültig erscheinenden, jedoch an einer unheilbaren Nichtigkeit leidenden Erkenntnisse in Anspruch genommen wird, die Nichtigkeitseinrede gewährt, unterliegt keinem Zweifel,

Tit. Dig. quae sententiae sine appellatione rescindantur 49, 8,
Tit. Cod. quando provocare non est necesse 7, 64,

und wird von den Proceßlehrern als feststehend angenommen, vergl. z. B.

Bayer, § 330 und 340 Ed. 8 pg. 1094, 1127,
Wetzell, § 60 Ed. 2 S. 725.

Es kommt mithin darauf an, ob das particulare Recht des Amtes Bergedorf die in Rede stehende Art der Vertheidigung des Condemnirten schlechthin ausschließt. Dies kann nicht angenommen werden.

Das für das Amt Bergedorf erlassene Gesetz über die Gerichtsverfassung vom 9./14. Juni 1841 handelt im § 13 von „den außerordentlichen Rechtsmitteln und Beschwerden gegen Erkenntnisse und Verfügungen der Untergerichte" (deren es damals in Bergedorf zwei gab, das Amtsgericht und das Magistratsgericht) und schreibt vor, daß diese Rechtsmittel und Beschwerden in Betreff des Instanzenzuges — abgesehen von unerheblichen Aenderungen bezüglich der Fristen — ganz so behandelt werden sollten, wie die entsprechenden Rechtsmittel und Beschwerden, insofern sie gegen Obergerichts-Erkenntnisse erhoben werden sollten, nach der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung zu behandeln sein würden. Dies führt, insofern es sich um Nichtigkeitsbeschwerden handelt, auf die §§ 41 und 42 und 164—167 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung hin.

Wenn nun der Beklagte aus dem Ausdruck „muß" in dem soeben angezogenen § 41 („die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Erkenntnisse des Obergerichts muß bei dem Ober-Appellations-Gerichte angestellt werden") abzuleiten versucht, daß die Gesetzgebung das Vorbringen von Nichtigkeiten mittelst einer Nichtigkeitseinrede ausgeschlossen habe, so ist dies ohne Grund. Denn der § 41 handelt nur von dem Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde, läßt aber die Frage nach der Einrede der Nichtigkeit unberührt. (Darüber, bei welcher Instanz „Nichtigkeitsbeschwerden" gegen Obergerichts-Erkenntnisse anzubringen seien, eine Bestimmung in die Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung aufzunehmen, bestand ein besonderer Grund, da bis dahin die Frankfurter Provocationsordnung von 1788,

Beyerbach, Bd. 8 S. 1515,

im § 19 eine „Nichtigkeitsbeschwerde ex capite nullitatum insanabilium" in revisorio, also coram eodem iudice, verstattet hatte, und es mithin für erforderlich zu halten war, die Frage nach dem Fortbestande jenes Rechtsmittels zu erledigen.) Ein gesetzlicher Ausspruch, daß Nichtigkeiten absolut nur mittelst einer Nichtigkeitsbeschwerde — und dann bei dem Ober-Appellations-Gerichte — geltend gemacht werden könnten, ist hiernach in dem § 41 nicht zu erblicken.

Andererseits ist in dem § 166 der Gerichts-Ordnung ein Zeugniß dafür vorhanden, daß die Nichtigkeitseinrede des gemeinen Proceßrechts mindestens dann nicht ausgeschlossen sein soll, wenn es sich um die Geltendmachung der Nullität seitens solcher Personen handelt, welche bis zum Erlaß des als nichtig angefochtenen Erkenntnisses an den Verhandlungen keinen Antheil genommen habe. Freilich sollen alle diejenigen, welche bis zum Erlaß des bezüglichen Erkenntnisses an den Verhandlungen Theil genommen haben, — sowie nicht minder deren allgemeine und besondere Rechtsnachfolger — von der Geltendmachung der Einrede der Nichtigkeit dann ausgeschlossen sein, wenn die Fristen, innerhalb welcher sie sich der Nichtigkeits-Querel hätten bedienen können, unbenutzt abgelaufen sein sollten, allein für die Nicht-Theilnehmer an den bezüglichen Verhandlungen ist diese Beschränkung nicht vorhanden.

Es kommt hiernach

II. auf die Materialien der Nullitäts-Einrede an. Diese letztere ist auf zwei Momente gestützt:

1) auf den Mangel einer dem beklagtischen Sohne zugängig gemachten Citation auf den 3. April (sowie schon auf vorherige Termine, auf welche es indessen nicht ankommen würde, wenn jene Citation dem beklagten Sohne nicht zugekommen sein sollte);

2) auf die dem beklagtischen Sohne fehlende persona standi in iudicio.

Der Punkt zu 1) hat nur eventuelle Bedeutung, wenn nämlich nicht in Betreff des zweiten Punktes dem Oberge-

gerichte beizutreten sein sollte. Geschähe dies nicht, so würde, da es actenmäßig feststeht, daß die Citationen, welche für den seit dem Anfang November in Altengamme im Dienst befindlichen beklagtischen Sohn bestimmt gewesen, seit jener Zeit nicht dort, sondern in Kirchwärder in der Wohnung seiner Eltern insinuirt worden sind, die Nullität des Contumacial-Erkenntnisses vom 8. April 1868 unbedenklich anzunehmen sein, falls nicht der beklagtische Sohn von den bezüglichen Citationen Kunde erhalten hätte. Es bedarf aber einer weiteren Instruction zur Feststellung dieses Punktes nicht, da

zu 2) eine Nullität des Erkenntnisses vom 8. April mit dem Obergerichte darin zu finden ist, daß der beklagtische Sohn seines rechtlichen Vertreters — des väterlichen Vormundes — bei den dem Erkenntnisse vom 8. April vorangegangenen Verhandlungen entbehrt hat, so daß er so zu betrachten ist, als habe er an den bezüglichen Verhandlungen keinen Theil genommen.

Die factische Grundlage dieses Momentes ist unbestritten. Die Klägerin hat freilich anfänglich die Nothwendigkeit der Zuziehung des Vaters ihres Gegners dadurch anerkannt, daß sie ursprünglich hat citiren lassen „den Hein Burmester cum tutore patre Jochim Burmester," wie denn auch die Acten-Aufschrift zu Anfang des Processes so gewählt worden ist, allein später ist von dem väterlichen Vormunde abgesehen und insbesondere die wesentlich in Betracht kommende Verladung auf den 3. April gegen den minderjährigen Sohn allein erlassen worden.

Daß Minderjährige keine persona standi in iudicio haben, bedarf keines Nachweises und wird auch jetzt von der Klägerin im Allgemeinen nicht bestritten. Sie beruft sich indessen darauf, daß dem beklagtischen Sohne durch das Amtserkenntniß vom 14. Febr. 1868 persona standi 2c. zugesprochen worden sei. Diesem Erkenntnisse, welches selbst gegen einen rechtlich Nicht-Vertretenen abgegeben worden ist, kann aus diesem Grunde keine Wirksamkeit beigelegt werden.

Auch würde die von der Klägerin behauptete Praxis des Bergedorfer Amtsgerichts, daß der Mangel der Rechtsfähigkeit Minderjähriger durch richterlichen Spruch für unerheblich erklärt werden dürfe, an dieser Beurtheilung des in Rede stehenden Punktes nichts ändern können. Sollte wirklich eine solche Praxis bestanden haben oder bestehen, so würde ihr Anerkennung zu versagen sein;

L. 39 Dig. de legibus 1, 3,

L. 2 Cod. quae sit longa consuetudo 8, 53.

Daß es auch nicht etwa einen Unterschied machen könne, ob ein Minderjähriger als Kläger oder ob er als Beklagter bei gerichtlichen Verhandlungen betheiligt sei, leuchtet von selbst ein.

Einiges Bedenken könnte in formeller Beziehung der klägerische Einwand erregen, daß freilich der beklagtische Vater in seiner an das Obergericht gerichteten Appellationsschrift den Mangel der Persönlichkeit seines (ohne rechtlichen Beistand) citirten Sohnes mit Bestimmtheit geltend gemacht hat, daß dies aber nicht schon vom Sohne selbst in der vorangegangenen Verhandlung erster Instanz geschehen ist. Diese letztere Anführung ist nicht unbegründet, da von dem beklagtischen Sohne nur einmal beiläufig in der Duplik angeführt worden ist, „der Vater des Beklagten sei keineswegs tutorio nomine citirt.“ Allein dem Einwande ist dennoch keine weitere Folge zu geben. Die eigentliche und Hauptgrundlage des von der beklagtischen Partei gegen das Erkenntniß vom 8. April 1868 gerichteten Angriffs bestand schon vor dem Amtsgericht darin, daß eine rechtsverbindliche Citation gegen dieselbe nicht erlassen sei. Dabei ist auch der Vater des Beklagten vor dem Obergerichte verblieben, und es stand ihm ohne Zweifel frei, zur Begründung desselben einen Umstand zu benutzen, dessen factisches Fundament in den Acten lag, und für welchen nur ein von dem Sohne selbst noch nicht gleich anfangs angerufener Rechtssatz neu benutzt werden mußte.

Wenn die Klägerin meint, der beklagtische Vater, welcher nur appellirt habe, sei nicht in der Lage gewesen, seine An-

träge auf Richtigkeitsgründe stützen zu dürfen, so ist dies unrichtig; dem beklagtischen Vater stand nichts entgegen, auch Nullitätsgründe zur Rechtfertigung der aufgestellten Appellationsbeschwerde zu benutzen.

Dem Obigen entsprechend war die Klägerin mit ihrer Beschwerdeführung zurückzuweisen.

---

42. Bremen.

Gruner & Heye zu Bremen, Kläger, wider die Assecurantie Compagnie te Amsterdam de 1771, vertreten durch ihren Generalagenten **Fr. L. Becker** zu Bremen, Beklagte, Assecuranz-Forderung, jetzt Restitution betreffend.

Es stand hier zunächst nur Restitution wider Versäumung der Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungsfrist in Frage. Dieselbe ist durch Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts vom 13. Mai 1869 ertheilt und der klägerische Sachführer in die Kosten des Restitutionsverfahrens, sowie in eine Geldstrafe von Ct. ℔ 30. verurtheilt worden.

Ueber die Sache selbst ist № 64 dieses Jahrganges zu vergleichen.

---

43. Lübeck.

Joh. Siegm. Mann zu Lübeck, Kläger, wider die Curatoren der Debitmasse des **J. H. Böcken** daselbst, Beklagte, Herausgabe verkaufter Waaren betreffend.

---

1) Für die Appellationssumme sind die Beträge mehrerer an sich statthafter Beschwerden zusammenzuzählen.

2) Die gemeinrechtlichen Bestimmungen über commixtio können nicht als Vorschriften singulärer Natur aufgefaßt werden.

3) In den Fällen, in welchen Jemand die Ausscheidung von Sachen aus der Concursmasse deßhalb verlangen kann, weil er sie dem Cridar vermöge eines kein Eigenthum übertragenden Titels überlassen hatte — sogenannte Quasi-Vindicationen —, ist zwar der Reclamant vom Beweise des Eigenthums befreit; im Uebrigen und namentlich hinsichtlich der Identität des Objectes gelten aber auch hier die Regeln von der eigentlichen Vindication.

4) Anwendung der Vorschrift im Schlußsatz des § 58 der Lübeckischen Concurs-Ordnung von 1862, wonach unbezahlt gebliebene Waaren, welche der Gemeinschuldner innerhalb der letzten 4 Wochen vor der Insolvenz-Erklärung käuflich geliefert erhielt, vom Verkäufer, auch wenn er Credit gegeben hatte, zurückgefordert werden können. Das Gesetz rescindirt hier den Eigenthumsübergang durch die Fiction, als wenn kein Credit gegeben worden wäre, fingirt aber nicht zugleich, daß der Cridar betrügerisch gehandelt habe und als Besitzer in bösem Glauben anzusehen sei. Das Zurückforderungsrecht gehört zu den Quasi-Vindicationen. Eine Ausdehnung desselben auf Surrogate der verkauften Sachen ist, abgesehen von dem genau begrenzten Separationsrecht des § 61 sub 3 der Concurs-Ordnung, nicht gerechtfertigt.

Rechtsfall. Der Brauer Böcken zu Lübeck kaufte und empfing am 20. December 1867 von dem Handlungshause Joh. Siegm. Mann 102 Sack Gerste und wurde dafür die Summe von 1653 ℔ 6 ß schuldig, erklärte aber bereits am 10. Januar 1868 seine Insolvenz. Joh. Siegm. Mann verlangte Zurückgabe der Waare und da die Concurs-Curatoren dies für unthunlich erklärten, so klagte er gegen sie beim Handelsgericht, indem er anführte, nach den angestellten Ermittelungen seien 33 Sack der verkauften Gerste noch in

natura vorhanden, wenngleich mit anderer Gerste zusammengeschüttet, die übrigen 69 Sack seien bereits zu Malz verarbeitet, dieses aber lagere mit dem anderen Malze vermischt auch noch auf dem Boden des Cridars. Er bat danach, die Beklagten zur Herausgabe dieser Quantitäten gegen Erstattung der Spesen, resp. der auf die Verarbeitung zu Malz verwandten Kosten, eventuell zur Herausgabe der der Masse aus der verkauften Waare zu Theil gewordenen Bereicherung zu verurtheilen. Gleich nach Einreichung der Klage fand eine gerichtliche Besichtigung statt, wobei die Geschäftsleute des Cridars hinsichtlich eines vorhandenen Haufens Gerste bestätigten, daß darunter ungefähr 30—33 Sack der vom Kläger gelieferten Gerste seien, und hinsichtlich eines vorgefundenen Haufens Malz erklärten, daß darunter sich etwa 3 Last aus der klägerischen Gerste bereitetes Malz befänden, während das Uebrige schon verbraucht und zum Theil verkauft sei; beide Quantitäten seien aber nicht mehr auszusondern. Da die Auction der in der Masse befindlichen Waarenvorräthe auf den folgenden Tag angesetzt war, so vereinigten sich die Parteien, den Auctionserlös an die Stelle der reclamirten Waaren selbst treten zu lassen.

Die Concurs-Curatoren bestritten den Anspruch auf die Quantität Gerste, weil die Ausscheidung der verkauften und schon bei der Insolvenz-Erklärung mit anderer Gerste vermischt gewesenen Waare unmöglich sei. Hinsichtlich des vorgefundenen Malzvorrathes leugneten sie, daß auch nur ein Theil desselben aus der vom Kläger gelieferten Gerste verarbeitet sei, und machten eventuell geltend, daß die verkaufte Gerste nach ihrer Verarbeitung zu Malz nach den Grundsätzen der Specification überall nicht mehr in natura vorhanden sei.

1) Das Handelsgericht

wies durch Erkenntniß vom 25. April 1868 die Klage, soweit sie auf Auslieferung des Malzes gerichtet sei, ab, erklärte dagegen die Concursmasse schuldig, den in der Auction für 33 Sack aus dem fraglichen Haufen Gerste erzielten Erlös,

vorbehältlich des hierüber vom Kläger zu führenden Nachweises, an den Kläger zu bezahlen.

In den Gründen wurde ausgeführt, mit Unrecht berufe sich der Kläger für seine Annahme, daß die Bereicherung der Masse das Entscheidende sei, auf den Gemeinen Bescheid vom 9. Februar 1803.*) Dessen einschlagende Bestimmungen seien durch § 58 der Concurs-Ordnung aufgehoben. § 58 unterwerfe nicht, wie der Gemeine Bescheid, die Güter oder das dafür gelös'te Geld der Vindication, sondern spreche lediglich von „Waaren und Sachen," und dabei könne keineswegs die aus der Bereicherung der Masse hergenommene ratio des Gemeinen Bescheides zur Interpretation verwendet werden, vielmehr spreche für die durch den Wortlaut gebotene engere Auffassung auch der Umstand, daß die fragliche Bestimmung sich am Schluß des Paragraphen finde, welcher die Vindicanten des gemeinen Rechts aufführe. Hiernach komme Alles darauf an, ob die Waare selbst noch in der Masse vorhanden sei. Nun habe Beklagter zugestanden, daß ca. 30 Sack des gefundenen Vorraths (scil. Gerste) aus der Lieferung des Klägers herrühre, verweigere aber die Rück-

---

*) Die betreffende Stelle dieses Gemeinen Bescheides lautet, nachdem vorher von den Veräußerungen des Gemeinschuldners in den letzten 4 Wochen vor Ausbruch des Concurses die Rede war, dahin:

„Wenn auch über die Anwendung jenes vierwöchentlichen Termins auf Erwerbungen des nachherigen Gemeinschuldners ein gewisser Gerichtsgebrauch dahin sich zeigen will, daß die binnen solchen Termins von demselben angekauften — oder auch nur ihm überlieferten — von ihm unbezahlt gebliebenen Güter, ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich in dolo gewesen, oder nicht, vindicirt worden, welchem die Billigkeit zur Seite stehet, daß sonst die Masse sich mit dem Schaden eines Dritten bereichern würde; so wird gedachter Gerichtsgebrauch hiedurch als gesetzliche Norm auch für die Zukunft bestätigt; jedoch dergestalt, daß die Vindication nur alsdann ihre Wirkung äußern kann, wenn die Güter, oder das dafür gelösete Geld, noch in der Masse vorhanden sind, und daß übrigens nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts vom dolo, auch eine vor dem Termin der vier Wochen von dem nachherigen Gemeinschuldner geschehene Erwerbung, wegen erweislicher betrüglicher Absicht desselben, als nichtig und durch die Sachverfolgung widerruflich betrachtet werden solle."

gabe, weil die 30 Sack so mit der übrigen Gerste vermischt seien, daß die gelieferte Waare als solche nicht mehr identificirt werden könne. Vermischung von Getreide habe gesetzlich weder Untergang der Sache noch Eigenthumsübergang, insbesondere mittelst Specification, zur Folge, jene Partie Gerste sei also als noch vorhanden anzunehmen. Die Frage, ob eine actio communi dividundo oder eine in rem actio zu unterstellen wäre, je nachdem die Vermischung mit Einwilligung des Klägers oder casu erfolgt wäre, könne unerörtert bleiben, da die Beklagten in Betreff des dem Kläger gehörigen Quantums und seines Werthes keinen Widerspruch erhoben hätten und beide Theile übereingekommen seien, den Auctionserlös an Stelle der beanspruchten Gerste treten zu lassen. In Betreff des Quantums habe Kläger principaliter 33 Sack beansprucht, und wenn Beklagte zugäben, daß es ca. 33 sein möchten, so hätten sie nicht widersprochen, sondern zugestanden. Das in Anspruch genommene Malz anlangend, trete dem Kläger schon der Wortlaut des § 58 entgegen, da er das vorgefundene Malz eben nicht geliefert habe. Wenn die Specification in den Gesetzen nur für die Frage vom Eigenthumserwerb an fremden Sachen besprochen werde, während das Eigenthum hier schon in Folge der Creditirung übergegangen sei, so sei doch aus den Quellenstellen zugleich ersichtlich, wann und durch welche Veränderungen eine Sache als consumirt, verbraucht anzusehen sei. Nun sei allerdings Malz nicht in den früheren Zustand als Gerste zurückzuführen, auch im Handel Malz für eine andere Waare als Gerste anzusehen, und könne deßhalb ebensowenig der rei vindicatio unterworfen bleiben, als das schließlich aus der Gerste gewonnene Bier. Zwar sei, im Anschluß an die dem Bestohlenen eingeräumten weitgehenden Klagen, wegen einer mala fide specificirten Sache eine dingliche Klage verliehen, gegen denjenigen aber, welcher bona fide specificirte, und als solcher sei der Cridar nach den Acten doch nur anzusehen, stehe nur ein Anspruch auf Entschädigung zu, woraus sich ergebe, daß die Sache als gänzlich untergegangen anzusehen sei.

Beide Theile appellirten, worauf

2) das Obergericht

mittelst Erkenntnisses vom 20. Juni 1868 nicht nur die Verurtheilung zur Zahlung des Erlöses für 33 Sack Gerste bestätigte, sondern die Concursmasse auch schuldig erklärte, den Auctionserlös für den dem Kläger aus der vorgefundenen Quantität Malz zukommenden Antheil, vorbehältlich des hierüber vom Kläger noch zu führenden Nachweises, zu bezahlen.

Die Gründe gingen dahin. Es handle sich wesentlich um die Frage, ob die angestellte Klage als eine eigentliche Vindication oder als eine auf ungerechte Bereicherung der Concursmasse mit dem Schaden des Klägers gestützte Klage anzusehen sei. Nachdem die Anfechtbarkeit der in den letzten 4 Wochen vom Gemeinschuldner vorgenommenen Veräußerungen (Statut Th. III. Tit. 4 Art. 1, Tit. 6 Art. 1) von der Praxis auf **Erwerbungen** desselben ausgedehnt worden, habe schon

Mevius, comment. ad jus Lub. III., 6, 1 § 24,

darauf hingewiesen, daß hierbei die Klage des Gläubigers die Rückgängigmachung eines schon geschehenen Eigenthumsüberganges bezwecke und daher höchstens als ein nach Analogie der Vindication zu behandelndes Vorzugsrecht im Concurse betrachtet werden könne. Danach sei von der älteren Praxis die Klage als eine auf Bereicherung der Masse gestützte actio in factum aufgefaßt worden, womit (nach den Abhandlungen von Carstens und Hach) auch die in ihrer äußeren Form veränderte Sache und oft auch, was in die Stelle der verkauften Sache getreten sei, habe gefordert werden können. In diesem Zustande habe der Gemeine Bescheid vom 9. Februar 1803 keine Veränderung gebracht, indem er nur in Bezug auf Veräußerungen des Gemeinschuldners (Zahlungen) eine Streitfrage entschieden habe. Demnach habe auch das Ober-Appellations-Gericht die Klage, zumal mit Rücksicht auf den Umstand, daß mit ihr auch das für die Waare gelös'te Geld gefordert werden könne, nicht als eine wirkliche und wahre Vindication, sondern als eine

auf Bereicherung der Masse gestützte condictio sine causa aufgefaßt.

Vergl. Bruhn, Samml. Bd. 2 S. 478, 492.

Daß hierin durch die Concurs-Ordnung von 1862 nichts Wesentliches geändert worden sei, ergebe sich — wie denn auf den niemals ausdrücklich aufgehobenen Gemeinen Bescheid vom 9. Februar 1803 auch noch in dem Bericht der Gesetzcommission vom Januar 1855 (den Entwurf der Concurs-Ordnung betreffend) Bezug genommen sei — insbesondere daraus, daß nach § 61 № 3 des Gesetzes die Klage auch für den Fall des Wiederverkaufs der fraglichen Waaren beibehalten sei, in der Anwendung auf die dafür erhobenen Kaufgelder und ausstehenden Forderungen. Hieraus ergebe sich die Appellation des Klägers als begründet, die der Beklagten als unbegründet. Da ein Theil des gemeinschaftlichen Malzes zum Brauen verbraucht und ein anderer Theil verkauft sei, so könnten diese Abzüge erst bei der im Urtheil vorbehaltenen Liquidation näher berücksichtigt werden.

Auf Appellation der Concurs-Curatoren stellte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 13. Mai 1869 die Entscheidung des Handelsgerichts wieder her aus folgenden Gründen.

Das Dasein der Appellationssumme ist offenbar mit Unrecht vom klägerischen Anwalt bestritten worden. Da er selbst anführt, daß der Auctionserlös, welcher nach Vereinbarung der Parteien an die Stelle der streitigen Quantitäten Gerste und Malz treten soll, den Betrag von Ct. ℳ 1600. erreicht habe, wovon ungefähr ⅓ auf die geforderte Gerste und ⅔ auf das geforderte Malz komme, so kann es nur seine Meinung sein, daß die auf gänzliche Abweisung der Klage gerichtete Principalbeschwerde unzulässig sei, insofern mittelst derselben die beklagtische Beschwerde voriger Instanz, welche sich nur auf die Gerste bezog, wiederholt wird. Dabei ist jedoch unbeachtet geblieben, daß die Appellationssumme, wie das Ober-Appellations-Gericht von jeher anerkannt hat, auch dann als vorhanden angenommen werden muß, wenn

sie nur durch mehrere gleichzeitig zur Aburtheilung kommende Streitobjecte, also auch durch Zusammenrechnen der Objecte mehrerer an sich statthafter Beschwerden erfüllt wird.

Vrgl. Blume, O.-A.-Ger.-Ordn. Not. g zu § 36,
Wunderlich, Jurispr. des O.-A.-Ger. in Lüb. Rechtsf. Bd. 1 S. 212, 333,
Kierulff, Samml. Bd. 3 S. 868.

Die vorliegende Sache würde sonach selbst dann erwachsen sein, wenn die wiederholte Beschwerde voriger Instanz auch nur zusammengenommen mit der Beschwerde über die reformatoria des Obergerichts den Betrag von 1000 ℔ überstiege, während nach der eignen Angabe des Klägers schon diese letztere Beschwerde allein über diesen Betrag hinausgeht.

Was die Sache selbst betrifft, so fechten die Beklagten

I. in ihrer Principalbeschwerde die übereinstimmende Entscheidung der beiden vorigen Instanzen an, wonach sie zur Herausgabe des Auctionserlöses für 33 Sack Gerste verurtheilt worden sind, und verlangen Abweisung der hierauf gerichteten Klage. Diesem Verlangen konnte jedoch nicht entsprochen werden.

Es steht aus den beiderseitigen Angaben der Parteien in Verbindung mit der gerichtlichen Augenscheinseinnahme vom 17. Februar 1868 thatsächlich fest, daß von der Gerste, welche der Kläger an den Cridar Böcken 3 Wochen vor dessen Insolvenz-Erklärung geliefert hatte, eine Quantität der eben bezeichneten Größe noch unverändert, nur vermischt mit einem Haufen anderer Gerste, vorhanden war. Es leuchtet ein, daß, wenn hiebei die gemeinrechtlichen Regeln von der commixtio zu Grunde gelegt werden, die Beschwerde sich als unbegründet darstellt, ohne daß es darauf ankommt, ob die Vorschrift im letzten Absatz des § 58 der Concurs-Ordnung auf Surrogate der ursprünglich verkauften Sache ausgedehnt werden dürfe. Von diesem Standpunkte aus haben die beklagten Concurs-Curatoren es selbst nicht versucht, die Verwerflichkeit der Klage zu deduciren, und genügt daher in dieser Beziehung eine Verweisung auf die zutreffenden Gründe

des Handelsgerichts. Die Beklagten stützen sich vielmehr darauf, daß die Rechtssätze von der commixtio im vorliegenden Falle nicht anwendbar seien. Allein mit Unrecht.

Die Argumentation der Beklagten geht im Wesentlichen auf die zwei Behauptungen hinaus, es handle sich um eine analoge Anwendung jener gesetzlichen Bestimmungen, da dieselben nur für den hier nicht vorliegenden Fall der Vermischung von Sachen verschiedener Eigenthümer gegeben seien, und die gedachten Bestimmungen hätten eine singuläre Natur, weßhalb sie keine analoge Ausdehnung zuließen. Es ist jedoch

1) nicht richtig, hier von einer bloß analogen Anwendung der Rechtssätze von der commixtio zu reden. Die eigentliche Bedeutung des § 58 fin. der Concurs-Ordnung ist, wenn man von der Frage über die Herausforderung von Surrogaten absieht, übereinstimmend mit der schon von Mevius (an der vom Obergericht angeführten Stelle) bezeugten Praxis, unverkennbar die, daß, wenn ein Cridar in den letzten 4 Wochen vor der Insolvenz-Erklärung Sachen käuflich geliefert erhielt, der Verkäufer, welcher den Kaufpreis creditirte, demjenigen, welcher keinen Credit gab, rechtlich ganz gleichgestellt wird, also das sonst in der Creditirung des Kaufpreises liegende Hinderniß der Vindication hier unwirksam sein und der Verkäufer so behandelt werden soll, als seien die verkauften Sachen nicht in das Eigenthum des Cridars übergegangen. Daraus folgt aber, daß da, wo diese gesetzliche Fiction einmal eintritt, im Uebrigen alle Rechtsregeln von Geltendmachung des Eigenthums durch Vindication oder Quasi-Vindication auch hier unmittelbar, nicht bloß analog, Anwendung finden; und es ist nicht abzusehen, warum etwaige Erleichterungen, die das Gesetz in Bezug auf die Herstellung der Identität des Objectes der Vindication gewährt, hiervon eine Ausnahme machen sollten. Ueberdies kann

2) den fraglichen Vorschriften auch keine singuläre Natur zugeschrieben werden. Singularität ist nur vorhanden, wenn das Gesetz mit Rücksicht auf gewisse Classen von Per-

sonen, Objecten oder Verhältnissen etwas von den allgemeinen Rechtsregeln und ihrer richtigen Consequenz Abweichendes statuirt. Das ist hier nicht der Fall. Die Bestimmung, wonach dem Eigenthümer statt der ihm ursprünglich gehörigen, in der Vermischung aber nicht mehr individuell erkennbaren Sachenmehrheit das Herausfordern einer entsprechenden Quote der durch die Mischung entstandenen Gesammtquantität gestattet wird, beruht auf der Nothwendigkeit, eine factische Schwierigkeit durch positive Vorschrift zu lösen, gerade um der allgemeinen Idee des Rechts die Verwirklichung zu sichern. Die Bestimmung war der nächstliegende und natürlichste Ausweg, um das Eigenthum an einem reell noch unverändert vorhandenen Gegenstand nicht wirkungslos werden zu lassen. Auch erscheint es unerheblich, wenn die Beklagten sich darauf berufen, daß das Gesetz selbst in Beziehung auf die Mischung von Geldstücken eine andere Bestimmung getroffen habe. Denn dies ist unverkennbar nur eine, mit Rücksicht auf die Natur des Geldes als des allgemeinen Verkehrs- und Werthmessungsmittels, getroffene Ausnahme-Bestimmung; und eine solche kann in keinem Falle Anlaß bieten, die Regel selbst als eine Singularität aufzufassen.

II. Die eventuelle Beschwerde der Beklagten geht dahin, daß der Kläger nicht mit seinem Anspruch auf die streitige Quantität Malz, jetzt deren Auctionserlös, abgewiesen worden sei, verlangt also bei diesem Gegenstand die Wiederherstellung der handelsgerichtlichen Entscheidung.

Was hier das Thatsächlichste betrifft, so ist so viel außer Streit, daß ein Theil der vom Kläger dem Cridar am 20. December 1867 gelieferten Gerste bei der Concurs-Eröffnung bereits zu Malz verarbeitet worden war. Doch haben die Beklagten in Abrede gestellt, daß von diesem Malz sich noch eine Quantität, sei es getrennt oder mit anderem Malze vermischt, in der Concursmasse vorgefunden habe; und die deßhalb vom Obergericht dem Kläger gemachte Beweisauflage ist nicht angefochten. Auch ist die von den vorigen Instanzen zu Grunde gelegte Annahme, daß Gerste durch die Ver-

arbeitung zu Malz sowohl technisch als im Handelsverkehr zu einer andern Waare werde, von keiner Seite bestritten worden, wie darüber auch kein Zweifel bestehen kann.

Es kommt sonach jetzt nur darauf an, ob rechtlich der Anspruch des Klägers durch die Umwandlung der gelieferten Waare ausgeschlossen werde oder nicht. Hier wirft sich

1) die Frage auf, ob der Anspruch, sobald dem Verkäufer einer Waare einmal die gesetzliche Fiction zur Seite steht, als habe er dem Cridar keinen Credit gegeben, nicht schon nach der Consequenz der gemeinrechtlichen Bestimmungen gerechtfertigt erscheine. Zwar kommt die Construction einer persönlichen Klage (Condiction) auf Ausantwortung der umgestalteten Waare oder ihres Werthes hier nicht in Betracht, weil sie nach gemeinem Recht nur eine einfache Schuldforderung gewähren würde. Wohl aber würde die von einem ansehnlichen Theil der Civilisten vertretene Ansicht, daß die von einem Besitzer in bösem Glauben umgewandelte Sache vom Eigenthümer der ursprünglichen Sache, der Umwandlung ungeachtet, vindicirt werden könne, zur Anerkennung des klägerischen Anspruchs führen, wenn angenommen werden müßte, daß der Cridar Böcken nach den Bestimmungen der Concurs-Ordnung einem malae fidei possessor gleichzustellen sei. Diese letztere Annahme erscheint jedoch nicht gerechtfertigt. Sieht sich der Gesetzgeber bewogen, bei einer billigen Abwägung der Ansprüche an eine Concursmasse denjenigen, welcher in den letzten Wochen dem Cridar auf Credit verkaufte, rechtlich so zu stellen, als habe er keinen Credit gegeben, so wird freilich das Motiv dazu in dem Gedanken liegen, es dürfe in vielen oder den meisten Fällen dabei eine dolose Verleitung zum Creditgeben vorausgesetzt werden. Der Gesetzgeber hat aber nur den bestimmt begrenzten Zweck im Auge, die Sache dem Verkäufer durch Wiederaufhebung des Eigenthumsüberganges zu retten, und die Absicht, einen betrügerischen Erwerb des Cridars als positive Fiction aufzustellen, und sämmtliche Rechtsfolgen wissentlich widerrechtlichen Besitzes daran zu knüpfen,

kann dem Gesetzgeber im Zweifel nicht zugeschrieben werden. Der Verkäufer soll gegen den Nachtheil, daß in vielen Fällen der dolus des Cridars schwer oder gar nicht nachzuweisen sein würde, geschützt werden.

Vergl. Heise, Handelsr. S. 109.

Das Mittel für diesen Zweck ist aber nicht, daß der dolus für alle vorkommenden Fälle als constatirt angesehen würde — denn das spricht das Gesetz nirgends aus —, sondern, daß ganz ununtersucht bleiben soll, ob im einzelnen Falle thatsächlich eine betrügerische Absicht des Cridars vorlag oder nicht; wie in diesem Sinne schon die Worte des Gemeinen Bescheides vom 9. Februar 1803: „ohne Rücksicht darauf, ob er wirklich in dolo gewesen oder nicht," verstanden werden dürfen. Läßt sich aber hiernach nicht sagen, der Cridar, welcher den allgemeinen Rechtsregeln gemäß wirklich Eigenthümer der gekauften Sache geworden war, müsse nachträglich gelten, als habe er schon damals eine fremde Sache in Händen gehabt und sie wissentlich als solche verarbeitet, so erscheinen die Vorschriften von einer mala fide vorgenommenen Specification auf ihn überhaupt nicht anwendbar, und brauchte daher auf die gemeinrechtliche Streitfrage von den Wirkungen einer solchen nicht eingegangen zu werden. Vielmehr kommt

2) Alles darauf an, ob die Concurs-Ordnung selbst, unter Benutzung der zu ihrer Interpretation dienenden Hülfsmittel, die Annahme rechtfertige, daß der im Schlußsatz des § 58 verliehene Anspruch sich auch auf die durch Umwandlung verkaufter Waaren entstandenen neuen Sachen erstrecken solle. Und diese Frage mußte mit dem Handelsgericht verneint werden.

a) Schon im Allgemeinen würde man sich eher für eine strenge als für eine ausdehnende Interpretation zu entscheiden haben. Denn jedes Separationsrecht an Gegenständen, welche bereits in das Eigenthum des Cridars übergegangen waren — und ein solches steht hier in Frage —, beruht auf einer aus besonderen Billigkeitsgründen hervorgegangenen

singulären Vorschrift, die nicht über die bestimmt erkennbare Absicht des Gesetzgebers hinaus erweitert werden darf. Zudem ist hier um so gewisser eine sorgfältige Abwägung der Worte anzunehmen, da es sich darum handelte, einen schon längst in Lübeck geltenden Rechtssatz, dessen Bedeutung in einer Reihe von Fällen gerichtlich durch alle Instanzen zur Erörterung gekommen war, durch förmliches Gesetz von neuem zu fixiren.

b) Wortlaut und äußere Stellung des fraglichen Schlußsatzes des § 58 geben nicht den mindesten Anlaß, die Erstreckung auf umgewandelte Sachen als beabsichtigt anzunehmen, sondern sprechen vielmehr dagegen. Es heißt einfach „Waaren und Sachen, welche der Gemeinschuldner — — gekauft oder überliefert erhalten hat," und das paßt nicht, sobald die gekauften Sachen selbst nicht mehr existiren, als solche untergegangen sind. Und die Vorschrift bildet den Schlußsatz des Paragraphen, welcher über die Vindicanten handelt, wie sich dann diesem Schlußsatz wieder in § 59 und 60 die näheren Bestimmungen darüber anschließen, unter welchen Bedingungen auch solche Waaren, die dem Cridar noch vor der vierwöchentlichen Frist verkauft wurden, reclamirt werden dürfen; während im Uebrigen die Separationsrechte erst im § 61 vorkommen. Ja es ist nicht bloß in den §§ 59 und 60, wo bis auf die hier geforderte Constatirung des dolus der ganz gleiche Fall besprochen wird, der Anspruch des Verkäufers ausdrücklich als ein Vindicationsrecht bezeichnet worden, sondern dasselbe namentlich auch in § 61 sub 3 bei Zurückbeziehung auf die drei vorhergehenden §§ wiederholt und damit speciell der in § 58 gebrauchte Ausdruck „Zurückfordern aus der Masse" als ein „Vindiciren von Sachen in natura" erklärt worden. Von einem lapsus calami, wie ihn der klägerische Sachführer an dieser Stelle vermuthet, kann offenbar keine Rede sein, wenn man die Fassung der §§ 59 und 60 vergleicht.

Nun ist freilich hierbei nicht an eine eigentliche Vindication mit Eigenthumsbeweis zu denken. Sicher sollte der

Verkäufer neben dem Beweise, daß er die Waare dem Cridar verkauft und in den letzten 4 Wochen geliefert habe, nicht auch noch mit dem Beweise des Eigenthums an der Waare belastet werden. Sowohl nach Zweck als Fassung der Vorschrift darf ohne Weiteres angenommen werden, daß hier dasselbe gelten sollte, wie in den unter b) und c) des § 58 behandelten Fällen der Ausscheidung fremder Sachen aus der Concursmasse. Es sind dies die Fälle, welche man, weil der Beweis genügt, daß die Sachen vermöge eines das Eigenthum nicht übertragenden Titels aus der Hand des Reclamanten in die des Cridars gekommen seien, als Quasi-Vindicationen zu bezeichnen pflegt, und wobei sachlich persönliche Klagen mit Separationsrecht zu Grunde liegen. Daß die Reclamation der in den letzten 4 Wochen vor dem Concurs käuflich gelieferten Waaren zu den Ansprüchen dieser Kategorie gehöre, dafür hat sich das Ober-Appellations-Gericht schon in dem vom Obergericht erwähnten Präjudicat ausgesprochen.

Sachsen Debitm. c. Dyrssen & Co. März 1846. (Bruhn, Samml. Bd. 2 S. 478.)

Die gedachte Ausdrucksweise der Concurs-Ordnung ist aber deßhalb erheblich, weil die Quasi-Vindicationen, abgesehen von der eben hervorgehobenen Erleichterung des klägerischen Beweises, nur dazu bestimmt sind und bestimmt sein können, die Stelle wahrer Vindicationen zu vertreten, und weil danach namentlich in Ansehung der Individualität des verfolgten Objets im Zweifel das nämliche wie bei den letzteren gelten muß.

c) Das Obergericht legt ein Hauptgewicht für seine Ansicht darauf, daß durch die Concurs-Ordnung an dem niemals ausdrücklich aufgehobenen Gemeinen Bescheid vom 9. Februar 1803 nichts Wesentliches habe geändert werden sollen, nach diesem letzteren aber die Klage des Verkäufers als eine auf Bereicherung der Masse gestützte condictio sine causa aufzufassen gewesen sei.

Dem ersten Theil dieser Aufstellung muß unbedenklich bei-

gepflichtet werden. Vergleicht man den Schlußsatz des § 58 sowie ferner § 59, 60 und 61 sub 3 der Concurs-Ordnung, so ist es unverkennbar, daß damit der letzte Abschnitt des Gemeinen Bescheides im Ganzen mit verbesserter Redaction wiederholt werden sollte, wofür denn auch die Erwähnung desselben in dem Commissionsbericht vom Januar 1855 spricht; und wenn das Handelsgericht eine wesentliche Abänderung darin findet, daß § 58 fin. gerade nur von den „Waaren und Sachen" und nicht auch von dafür gelös'tem Gelde spreche, so ist dabei der § 61 sub 3 unbeachtet geblieben. Nur kann selbstverständlich die Kraft des neueren Gesetzes hierdurch keinen Eintrag erleiden, so daß eine wirkliche Abweichung der Concurs-Ordnung immer unbedingt zur Geltung kommen muß.

Was dagegen den zweiten Theil der obergerichtlichen Argumentation betrifft, so läßt sich nicht annehmen, daß nach dem Gemeinen Bescheid ein Fall der vorliegenden Art zu Gunsten des reclamirenden Verkäufers zu entscheiden gewesen wäre. Allerdings haben die beiden Lübeckischen Schriftsteller, welche kurz vor dem Gemeinen Bescheid den Gegenstand behandelten,

Hach, pract. Beitr. Hft. 1 S. 148, vergl. mit Not. 41,

Carstens, Beiträge &c. Samml. 1 S. 67 f.,

sich mehr oder weniger bestimmt für die Erstreckung des Anspruchs auf umgestaltete Sachen erklärt. Es ist dies jedoch nur eine, durch gerichtliche Entscheidungen nicht belegte theoretische Ansicht darüber, wie der damals noch ungeschriebene Rechtssatz aufzufassen sei. Der Gemeine Bescheid selbst spricht nicht bloß bei der Angabe des Gerichtsgebrauchs, welchen er bestätigen will, einfach nur von „Vindication" der dem Cridar in den letzten 4 Wochen käuflich „überlieferten Güter," sondern setzt dann auch noch ausdrücklich hinzu, die Vindication solle nur alsdann ihre Wirkung äußern, wenn die Güter oder das dafür gelös'te Geld noch in der Masse vorhanden seien, beschränkt sich also streng auf die auch in die Concurs-Ordnung übergegangene Alternative, ohne irgend

eine Andeutung über die Ausdehnung auf umgestaltete Sachen zu geben, was gerade jenen nur 2 Jahre früher erschienenen Abhandlungen gegenüber um so bedeutsamer ist. Ein Fall, wo auf Grund des Gemeinen Bescheides die bemerkte Ausdehnung zu gerichtlicher Anerkennung gekommen wäre, ist denn auch nicht bekannt. Der klägerische Anwalt beruft sich zwar auf die an das Ober-Appellations-Gericht gelangte Sache

Green & Co. cur. bon. c. Maurenbrecher, April 1858 (vergl. Wunderlich, Jurispr. ꝛc. Th. 2 S. 133 ff.).

Allein abgesehen davon, daß in jenem Fall die an der verkauften Waare vorgenommene Veränderung keine Umwandlung zu einer wirklich neuen Sache gewesen zu sein scheint, war die dahin gehörige Rechtsfrage mindestens in dritter Instanz gar nicht zum Streitpunkt unter den Parteien gemacht worden.

Wenn sodann das Obergericht geltend macht, es sei vom Ober-Appellations-Gericht in zwei früheren Sachen,

Sachsen Debitm. c. Dyrssen & Co. 27. u. 30. März 1846 (Bruhn, Samml. II. S. 478 u. 492),

die Klage des Verkäufers nicht als eine wahre Vindication, sondern als eine auf Bereicherung der Masse gestützte condictio sine causa aufgefaßt worden, so steht die Verneinung einer eigentlichen Vindication nach dem Obigen mit der Beschränkung auf die species der verkauften Sache nicht in Widerspruch, während andererseits die Klage da, wo es sich um die Reclamation der verkauften Sache selbst handelt, nicht für eine condictio sine causa erklärt worden ist. Es wurde für diesen Fall im Einklang mit dem, was oben bemerkt worden ist, nur ausgeführt, daß der Verkäufer gleich andern oft unter die Vindicanten gerechneten Separatisten, z. B. Deponenten und Commodanten, nicht nöthig habe, sein Eigenthum zu beweisen, weil schon der Nachweis, daß die Sache durch entsprechenden Titel in den Besitz des Cridars gelangt sei, ergebe, daß sie nicht zur Concursmasse gehöre, folglich den Reclamanten „sine causa vorenthalten werden würde," und ihre Zurückbehaltung eine Bereicherung der

Gläubiger mit dem Schaden eines Dritten wäre. Aus dieser letzteren Hinweisung darf die Annahme einer condictio nicht gefolgert werden. Die den Worten des Gemeinen Bescheides selbst entnommene Hinweisung drückt nur im Allgemeinen die Billigkeitsrücksicht aus, welche das Motiv zur Verleihung des Separations- oder Vindicationsrechtes bildet, während es einleuchtet, daß Umfang und Begrenzung dieses Rechtes noch nicht durch jene Billigkeitsrücksicht von selbst gegeben ist, sondern der Feststellung durch positive Vorschrift bedarf. So dient beispielsweise eine unbezahlt gebliebene Sache, welche dem Cridar früher als 4 Wochen vor dem Concurs verkauft wurde und sich bei Eröffnung des Concurses noch in natura vorfindet, zur Bereicherung der Masse mit dem Schaden des Verkäufers, mag dieser einen Betrug des Cridars nach § 60 zu beweisen im Stande sein oder nicht, und dennoch wird dem Verkäufer ohne solchen Beweis die Herausforderung nicht gestattet.

Bei dem Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe des vom Cridar für die verkaufte Sache erzielten Gelderlöses würde dagegen der Gesichtspunkt einer (durch Separationsrecht bevorzugten) condictio ein sehr wohl zu vertheidigender sein. Das Ober-Appellations-Gericht hat sich jedoch in den genannten Präjudicaten nicht positiv dafür ausgesprochen, sondern vielmehr den Gesichtspunkt einer Ausdehnung der Vindication hervorgehoben; und nur in dem besonderen, hier gar nicht in Betracht kommenden Falle, daß der bei Ausbruch des Concurses noch in der Masse vorgefundene Gelderlös von den Güterpflegern irrthümlich zum Besten der Masse verwendet worden sein sollte, ehe der Vindicant klagend auftrat, ist der Erstattungs-Anspruch sowohl in dem zweiten der beiden genannten Präjudicate, als in der gleichzeitig entschiedenen Sache

Sacksen Debitm. c. Roepenack, 30. März 1846 (s. Bruhn a. a. O. S. 493 f. S. 499, 501)

als ein nach den Grundsätzen der condictio sine causa begründeter anerkannt worden. Allerdings hat sich nun das

Ober-Appellations-Gericht in jenen Sachen (vergl. Bruhn S. 492 f.) bei Anwendung des Gemeinen Bescheides zugleich dafür entschieden, daß es bei Vindication eines solchen Gelderlöses nur auf das Vorhandensein der vom Cridar eingenommenen Geldsumme, nicht der individuellen Geldstücke, ankomme. Aber auch daraus würde so wenig, als aus dem Zugrundelegen einer condictio, mit Grund gefolgert werden können, daß die Klage nicht bloß auf einen Gelderlös des Cridars, sondern auch auf jedes sonstige Surrogat der Waare gerichtet werden dürfe. Und wollte man selbst eine solche Folgerung für die damalige Zeit gelten lassen, so müßte sie doch jetzt unstatthaft erscheinen. Denn die Concurs-Ordnung hat gerade der eben erwähnten Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichtes gegenüber den Umfang des fraglichen Separationsrechtes enger begrenzt, indem § 61 sub 3 die Ausscheidung der vom Cridar erhobenen Kaufgelder ausdrücklich von der Voraussetzung abhängig macht, daß dieselben sich „getrennt und mit erweislicher Identität in der Concursmasse vorgefunden haben." Hierin liegt ein sicherer Beweis, daß das Gesetz nicht in allen Fällen, in denen an sich eine Klage auf ein Surrogat der verkauften Waare, insbesondere eine condictio, begründet sein würde, zugleich ein Separationsrecht damit verbunden haben wollte.

Sonach war die eventuelle Beschwerde der Beklagten als begründet anzuerkennen und das Handelsgerichts-Erkenntniß wieder herzustellen.

---

44. Hamburg.

Carl Busch zu Hamburg, Kläger, wider die Direction der **Hamburg-Amerikanischen Packetfahrt-Actiengesellschaft** daselbst, Beklagte, wegen Schadensersatzes, jetzt geführten Beweis betreffend. (App. II.)

---

1) Duae conformes in Hamburg. Ist in beiden Instanzen auf einen Erfüllungseid erkannt worden, so wird die Conformität der darin liegenden übereinstimmenden Beurtheilung des Beweisergebnisses durch den Umstand, daß der zu leistende Eid nur in zweiter Instanz formulirt worden ist, nicht beeinträchtigt, sofern die Abfassung der Eidesformel nicht angefochten wird.

2) Beurtheilung eines geführten Beweises.

Rechtsfall. Weiterer Verlauf der im Jahrg. 1865 № 55 (S. 743 ff.) mitgetheilten Sache. Die Beklagte trat den ihr auferlegten Beweis an, indem sie auf das bis dahin bereits Beigebrachte (vergl. Jahrg. 1865 S. 744, 757 a. E.) Bezug nahm, außerdem das Original des Manifestes der Teutonia vom 22. Februar 1862, worin sich die fraglichen 37 Fässer Honig HD $^{1}/_{37}$ aufgeführt finden, sowie ferner ein am 3. September 1863 von dem Oberstauer der Hamburgischen Dampfschiffe in New-York ausgestelltes Affidavit, daß die Ladung der Teutonia vom 22. Februar 1862, insbesondere der Melado, Honig u. s. w. gut gestaut und befestigt gewesen sei, vorlegte, endlich zwei unter eben diesem Attest mitunterschriebene Arbeiter zu Zeugen angab. Diese Zeugen wurden im Laufe des Jahres 1867 in New-York eidlich vernommen, vermochten nur im Allgemeinen zu versichern, daß die fragliche Ladung der Teutonia, soweit sie dabei mitgewirkt, gut gestaut gewesen sei, und erinnerten sich

speciell nicht mehr an Honigfässer, sondern nur noch an mehrere Partien Melado, bestätigten indessen, daß das Affidavit vom 3. September 1863 von ihnen unterzeichnet und der Inhalt desselben wahr sei.

Ein Gegenbeweis wurde nicht angetreten.

1) Das Handelsgericht

erkannte am 2. April 1868: der Beweis,

> daß von den fraglichen 37 Gebinden Honig auf der Reise 5 Fässer leer gelaufen und dieser Verlust der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei,

sei bis zu einem Erfüllungseid geführt. Dagegen sei der Beweis,

> daß von jenen Gebinden 28 Fässer oder wie viel weniger auf der Reise gänzlich zertrümmert worden seien,

bisher als verfehlt anzusehen, Beklagte habe sich daher zu erklären, ob und in welcher Weise sie hierüber von der Eideszuschiebung Gebrauch machen wolle. Die Formulirung des nach Obigem von der Beklagten zu leistenden Erfüllungseides bleibe für jetzt ausgesetzt, schon jetzt aber sei festzustellen, daß, wenn der Beweis der Zertrümmerung von 28 Fässern durch die Eideszuschiebung erbracht werden sollte, die Beklagte auch zu einem Ergänzungseid darüber zuzulassen sei, daß der Verlust der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei.

Zur Begründung wurde ausgeführt, die beigebrachten Schifferaltenatteste könnten nur dahin verstanden werden, daß der bei den vorgenommenen Besichtigungen noch in seiner Lage vorgefundene Theil der Ladung gehörig gestaut gewesen sei, und man nichts bemerkt habe, woraus auf schlechte Stauung der unterwegs aus der Lage gewichenen Güter zu schließen gewesen wäre. Zugleich ergäben sie, daß die vorgefundenen Beschädigungen nach Ueberzeugung der Schifferalten nicht durch die Stauung, sondern durch das stürmische Wetter verursacht worden sei. Somit sei über den zweiten Theil des Beweissatzes auf einen Ergänzungseid der Beklagten

zu erkennen. Nun seien auch 5 Honigfässer mit der klägerischen Marke leer gefunden und in soweit unzweifelhaft ebenfalls ein Ergänzungseid gerechtfertigt. Setzte man indessen selbst als erwiesen voraus, daß sämmtliche 37 Gebinde von New-York mit abgegangen seien, so lägen doch für die Thatsache, daß 28 davon auf der Reise vollständig zertrümmert worden seien, erhebliche Beweismomente nicht vor. Daraus, daß laut der Verklarung die Ladung in Bewegung gerathen sei, folge nur die Möglichkeit mehr oder minder umfassender Beschädigungen, nicht aber eine Wahrscheinlichkeit dafür, daß mehrere oder alle 28 Gebinde völlig zertrümmert worden oder leer in Hamburg eingetroffen seien. Insbesondere sei es nicht schlechthin unmöglich, daß die fehlenden Gebinde etwa beschädigt, aber doch noch mit einigem Honiggehalt angelangt und in Folge nachlässiger Behandlung nach ihrer Ankunft leer gelaufen oder auseinandergefallen wären. Auch könnte ein Theil der Gebinde aus Irrthum einem andern Destinatär von Honigfässern geliefert worden sein.

Auf Appellation der Beklagten änderte

2) das Obergericht

durch Erkenntniß vom 6. Juli 1868 die vorige Entscheidung dahin ab,

daß der der Beklagten auferlegte Beweis seinem ganzen Umfange nach für bis zu einem Ergänzungseide geführt zu erklären, und die Beklagte solchen Eid dahin abzuleisten schuldig sei,

daß sie nach gewissenhafter Erwägung aller Umstände sich überzeugt halte, daß von den für den Kläger bestimmten 37 Gebinden Honig auf der fraglichen Reise der Teutonia 5 Fässer leer gelaufen und 28 Fässer gänzlich zertrümmert worden seien, und daß der eine wie der andere Verlust der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei;

übrigens den Parteien hinsichtlich der Frage, wer diesen Eid demnächst abzuleisten haben werde, Competentien zu reserviren seien.

Die Entscheidungsgründe gingen dahin. Nach Inhalt des Connossements und des Manifestes, dessen Richtigkeit vom Kläger nicht in Frage gestellt worden, sei als feststehend anzunehmen, daß die fraglichen 37 Fässer Honig mit der Teutonia wirklich verladen gewesen seien. Nach der Verklarung seien von den 37 nur 4 Fässer geliefert, und der Capitän habe hinsichtlich der fehlenden noch hinzugefügt, daß sie sich in einem so schlechten Zustand befunden hätten, daß sie eigentlich nur noch in Schoben vorhanden gewesen seien. Der so vorgefundene Zustand der Fässer sowie die durch die Verklarung constatirten sonstigen Verlüste und Schäden an der Ladung fänden in den Ereignissen der See eine nahe liegende und genügende Erklärung, indem das Schiff von schweren Stürmen betroffen worden sei, die Ladung theilweise aus der Lage gebrochen sei und dergestalt gearbeitet habe, daß mehrere starke eiserne Deckstützen gebrochen, ein Theil der inneren Garnirung zertrümmert sei, auch zur Wiederbefestigung der Ladung Säcke mit Steinnüssen hätten verwendet werden müssen, nachdem, wie es in der Verklarung heiße, ein Theil der Ladung in einen förmlichen Brei gedrückt gewesen sei, wie denn auch diese Vorgänge darin einige Bestätigung fänden, daß nach der Verklarung Stäbe und Ueberbleibsel zerbrochener Fässer gesammelt worden seien. Die ordnungsmäßige Stauung werde bezeugt durch die Schifferaltenatteste und die New-Yorker Stauer, welche das von ihnen unterzeichnete Attest als Zeugen eidlich bestätigt hätten; und wenn auch diese Zeugnisse sich zunächst nur auf den besichtigten oder mit behandelten Theil der Stauung bezögen, so sei doch kein Grund erfindlich, warum eine weniger gute Stauung der übrigen Ladung anzunehmen wäre. Ein Gegenbeweis sei gar nicht versucht. Bei dieser Sachlage seien die vom Handelsgericht hervorgehobenen beiden Möglichkeiten um so weniger in Berücksichtigung zu ziehen, als dafür weder die Vorträge der Parteien noch das sonstige Actenmaterial einen Anhalt gewährten, und soviel die irrthümliche Ablieferung an andere Destinatäre betreffe, diese Möglichkeit sich

nur auf die 14 ramponirt resp. mit unkenntlicher Marke vorgefundenen Honigfässer beschränken würde. Nach dem Allen könne zwar der Beweis auch hinsichtlich der 28 Fässer nicht für vollständig geführt erachtet werden, er sei es aber doch bis zu einem Erfüllungseid, und dabei könne es keinem Bedenken unterliegen, die vom Handelsgericht noch ausgesetzte Formulirung des Eides gleich für den ganzen Umfang des Beweisthemas vorzunehmen.

Auf Appellation des Klägers und eine von der Beklagten angebrachte Adhäsion, mit welcher sie die sofortige Abweisung der Klage beantragte, erließ

3) das Ober-Appellations-Gericht

am 13. Mai 1869 ein bestätigendes Urtheil, unter Vorausschickung folgender Erwägungen:

daß das Handelsgericht und Obergericht hinsichtlich derjenigen 5 Fässer Honig, welche in Hamburg leer gelaufen vorgefunden wurden, conform auf einen von der Beklagten zu leistenden Erfüllungseid erkannt haben, und der Umstand, daß der Wortlaut des zu leistenden Eides nur vom Obergericht, nicht auch vom Handelsgericht formulirt worden ist, die Conformität nicht beeinträchtigt, weil der Streit der Parteien in jetziger Instanz in keiner Beziehung die Abfassung der Eidesformel, sondern ausschließlich die Frage zum Gegenstand hat, wie das Ergebniß des geführten Beweises zu beurtheilen sei, und diese Frage durch Zuerkennung des Erfüllungseides übereinstimmend entschieden worden ist;

daß ganz das Nämliche von der Streitfrage gilt, ob der Verlust der 28 Fässer Honig, welche auf der Reise der Teutonia ganz zertrümmert sein sollen, der stürmischen Reise und nicht einer mangelhaften Stauung zuzuschreiben sei, da auch hierüber beide Instanzen gleichmäßig dahin erkannt haben, daß der Exculpationsbeweis der Beklagten bis zu einem Erfüllungseid, aber auch nur bis zu einem solchen, für geführt zu achten sei;

daß hiernach überall nur noch die Frage, ob und wie weit der Beweis erbracht sei, daß die erwähnten 28 Fässer

auf der Reise zertrümmert worden seien, einen Gegenstand der Beurtheilung in jetziger Instanz bilden konnte, und wie der Kläger seine Appellation dem entsprechend begrenzt hat, auch die Adhäsion der Beklagten nur in Ansehung dieses Streitpunktes, bei welchem zugleich die Voraussetzung des § 135 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung unzweifelhaft vorliegt, als statthaft anzuerkennen war;

daß in der Sache selbst den völlig zutreffenden Entscheidungsgründen des Obergerichts nur beigetreten werden kann, wie denn auch von Seiten des Klägers eine Widerlegung derselben gar nicht versucht worden ist;

daß insbesondere die Behauptung der Beklagten, ihr anticipirter Beweis sei schon in dem Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 15. Juli 1865 als ein vollständig ausreichender aufgefaßt und das gewöhnliche Beweisverfahren nur eingeleitet worden, damit dem Kläger die Gelegenheit zum Gegenbeweis nicht abgeschnitten werde, eine offenbar unbegründete ist, indem dort lediglich hypothetisch ausgesprochen wurde, daß, möchte man den anticipirten Beweis der Beklagten noch so günstig beurtheilen, dem Kläger doch auf keinen Fall der Gegenbeweis würde abgeschnitten werden dürfen, und noch ausdrücklich hinzugefügt worden ist, daß bei dieser Sachlage von jeder speciellen Beurtheilung, was und wieviel durch die von der Beklagten beigebrachten Documente zu ihren Gunsten erwiesen werde, zur Zeit abgesehen werden müsse, sowie am Schluß: daß nach dem damaligen Acteninhalt kein Grund vorliege, über die Thatsache des auf der Reise erfolgten Verlustes zu einem andern Beweisresultat zu gelangen, als über die Zufälligkeit des Verlustes;

daß hiernach die Beschwerden beider Theile sich als unbegründet darstellen.

---

45. Hamburg.

B. Elster zu Hamburg, Kläger, wider J. H. Eggers daselbst, Beklagten, Loskündigung einer Obligationsforderung betreffend.

Conformität. Der Umstand, daß die vorderen Instanzen mittelst nicht gleichförmiger Beurtheilung von Einreden und Repliken zu gleichförmigen Entscheidungen gelangt sind, steht der Annahme der Conformität dann nicht entgegen, wenn das materielle Ergebniß der Beurtheilung nicht zu verschiedenen Resultaten führt.

Der Richter, weil er das einheimische Recht kennen muß und fremdes Recht kennen darf, ist befugt, eine Beweisführung über bekannte Rechtssätze zu beseitigen, und umgekehrt Beweisführungen, deren Ergebnißlosigkeit klar ist, nicht zu gestatten.

Rechtsfall. Der Kläger, welcher bereits früher aus demselben Schuldverhältniß Zinsen gegen den Beklagten eingeklagt hatte, trug im November 1868 beim Niedergericht darauf an, ihm über die geschehene Kündigung einer ihm, dem Kläger, als Cessionar von Wrage, laut Pfandobligation an den Beklagten als früheren Besitzer des Pfefferkruges zustehenden Forderung von 1250 ℔ Acte zu ertheilen, und den Beklagten in die demnächstige Bezahlung des Capitals zu verurtheilen.

Das Niedergericht erkannte am 15. Mai 1868, Beklagter habe zu erweisen:

entweder

daß dem Kläger nach Holsteinischem Recht nach stattgehabtem Verkauf des Pfefferkruges aus der eingeklagten Obligation ein Anspruch gegen den Beklagten überall nicht mehr zustehe;

oder

daß der Kläger nach Holsteinischem Recht seinen Anspruch gegen den Beklagten aus der eingeklagten Obligation nicht eher geltend machen könne, als bis er das als Sicherheit verpfändete Grundstück vergeblich prosequirt habe;

oder

daß nach dem Verkaufe des Pfefferkruges an Dencker ein Proklam ergangen sei, und daß der Kläger nach Holsteinischem Recht durch die Nichtanmeldung seiner Ansprüche auf dieses Proclam seines Anspruches aus der eingeklagten Obligation dem Beklagten gegenüber verlustig geworden sei.

In Betreff sonstiger von dem Beklagten vorgeschützter Einwendungen wird in den Entscheidungsgründen das Folgende bemerkt: der Beklagte habe laut einer darüber ausgestellten Schuld- und Pfandobligation von Wrage ein Darlehn über 1250 ℔ mit 4 % verzinslich aufgenommen und sich verpflichtet, das Capital nach 6monatlicher Kündigung an jeden Innehaber der Obligation zurückzuzahlen, die Klage sei also, wie geschehen, an und für sich richtig angestellt. Die Einrede aus dem Anastasianischen Gesetz sei um deßwillen nicht zu beachten, weil dasselbe zu den Gesetzen von streng positiver zwingender Natur gehöre, bei welchen nicht das Recht am Orte der Entstehung des Rechtsverhältnisses, sondern dasjenige zur Anwendung komme, welches am Orte der angestellten Klage gelte. In Hamburg aber sei das fragliche Gesetz nicht nur schon vor Anstellung der Klage, sondern auch schon vor dem Tage der Cession aufgehoben gewesen. Wenn Beklagter ferner behaupte, daß Kläger von

einem späteren Eigenthümer des Pfefferkruges Zinsen angenommen habe, so sei dies, wie die Acten des früheren Processes ergäben, unrichtig, und eine von dem Kläger an einen späteren Besitzer des Grundstücks ergangene Aufforderung zur Zinszahlung sei unpräjudicirlich.

Am 13. Juli 1868 erkannte das Obergericht,

daß das erstinstanzliche Erkenntniß zwar im Uebrigen zu bestätigen, dagegen der erste und der dritte dem Beklagten nachgelassene Beweis in Wegfall zu bringen sei,

und zwar aus dem Grunde, weil durch den früher zu Gunsten des Klägers erledigten Zinsproceß auch die Frage entschieden sei, ob nach Verkauf des fraglichen Grundstücks Beklagter noch für die damals bereits cedirte Forderung hafte, so daß es also auf die deßfalls nach vom Niedergerichte nachgelassenen Beweise nicht mehr ankomme. Das Anastasianische Gesetz sei übrigens erst am 1. Mai 1866, also nicht schon vor der am 20. Febr. 1866 vollzogenen Cession außer Wirksamkeit gesetzt.

Am 14. Mai 1869 ward das obergerichtliche Erkenntniß vom Ober-Appellations-Gericht bestätigt, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Der erste Theil der Beschwerde des Beklagten darüber, daß seiner in voriger Instanz erhobenen Beschwerde nicht entsprochen sei, war als unstatthaft zu verwerfen, da sein aus dem anastasischen Gesetz dem klägerischen Anspruch entgegengesetzter Einwand durch gleichförmige Entscheidungen der Beurtheilung des Ober-Appellations-Gerichts entzogen ist. Der Versuch des Beklagten, dem Erkenntnisse des Niedergerichts die Eigenschaft eines Urtheils zu entziehen, weil es auf die unrichtige Erwägung basirt sei, das anastasische Gesetz habe bereits zur Zeit der stattgehabten Cession, den 20. Febr. 1866, in Hamburg seine Geltung verloren, wird durch das Vorhandensein eines zweiten copulativen Erwägungsgrundes, das Gesetz sei zur Zeit der Klagerhebung aufgehoben gewesen, dergestalt beseitigt, daß es auf die sonstigen

aus dem irrigen Grunde für die Richtigkeit des ersten Erkenntnisses geltend gemachten überdies unzutreffenden Ausführungen nicht weiter ankommt. Aber auch der Umstand, daß die Verwerfung des Einwandes in erster Instanz aus der processualischen Bedeutung des anastasischen Gesetzes, in zweiter aus den liquiden Repliken der Rechtskraft und des Verzichtes abgeleitet wird, daß also die unteren Instanzen zu gleichförmigen Entscheidungen mittelst nicht gleichförmiger Beurtheilung von Einreden und Repliken gelangt sind, steht dann, wenn das materielle Ergebniß der Beurtheilung nicht zu verschiedenen Resultaten führt, der Annahme der Gleichförmigkeit nicht entgegen. Zwar ist diese Frage in der Sache

Oelreich cur. bon. c. Kratzmann, v. 29. Novbr. 1830, S. 5

noch unentschieden gelassen. Allein in späteren Entscheidungen:

Warncke w. Lange, 15. Decbr. 1835 p. 10 bis 16,

Reese & Söhne w. Zander, 18. Septbr. 1844 (Samml. 1, 12, S. 99 bis 101),

Fischer Wwe. w. Fedder Carstens Nachf. cur. bonor. Nov. 1844 (Samml. 1, 37 p. 355—357),

ist die oberwähnte, bereits in den

Juristischen Abhandl. Bd. 2 p. 236, 237 (1830),

vertheidigte Auffassung befolgt, und hat das Ober-Appellations-Gericht sind nicht veranlaßt finden können, von einer seit einem Menschenalter befolgten Praxis abzuweichen.

Der Beklagte verlangt ferner die Herstellung zweier von dem Niedergericht über den Inhalt des in Holstein geltenden Rechtes ihm nachgelassenen und von dem Obergericht beseitigten Beweise seiner Behauptungen. Sie gingen dahin: Bei einer gewöhnlichen Schuld- und Pfandverschreibung, in welcher der Schuldner für ein von ihm empfangenes Darlehn ein ihm eigenthümlich zubehöriges Immobile speciell verpfändet hat, erlösche mit dessen Verkauf jede Verbindlichkeit des Schuldners. Und ferner: Wenn der Gläubiger auf das bei jenem Verkauf ergangene Proclam seine Ansprüche nicht angemeldet habe, so seien diese für ihn, selbst gegen seinen Darlehnsschuldner verloren.

Daß nun beide Beweissätze nicht dadurch beseitigt werden,

daß Beklagter im Laufe des Jahres 1866 die am 1. Novbr. 1865, zu einer Zeit, wo der Pfefferkrug noch sein Eigenthum war, fälligen Zinsen dem Kläger bezahlt hat, indem darin ein Verzicht auf die dem angeblichen Inhalt des Holsteinischen Rechts entnommenen Sätze enthalten sei, bedarf näherer Darlegung nicht. Bedenklicher dagegen ist es, ob sich mit dem Obergericht die gedachten Beweissätze auf Grund der über die Zinsen vom 1. Novbr. 1866 untem 3. August, beziehungsweise 2. Novbr. 1867 ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen beseitigen lassen. Es bedurfte jedoch einer Entscheidung dieser Frage und des in gegenwärtiger Instanz aus dem in dem Rechtsstreit über die Zinsen vom 1. Novbr. 1867 ergangenen Beweisurtheil entnommenen neuen Thatumstandes um deßwillen nicht, weil das Ober-Appellations-Gericht sich nicht veranlaßt finden konnte, eine Beweisauflage über Rechtssätze herzustellen, von deren Nichtexistenz es ausreichende Kunde hat. Bekanntlich ist die Stellung des Richters in Betreff der Kenntniß des Rechts und der Thatsachen in einem Proceß eine verschiedene. Während er das einheimische Recht kennen muß und das ausländische kennen darf, ist er in Betreff der Thatsachen fast ausschließlich von dem Vorbringen der Parteien abhängig. Ersteres, wie von dem Ober-Appellations-Gericht bereits in der Sache

Götze u. Gen. w. Stuhr u. Gen. und Holl u. Gen., 21. Mai 1859 (Samml. 3, 68 p. 684, 685, 691, 692)

praktisch befolgt ist, führt zu der Befugniß, eine Beweisführung über bekannte Rechtssätze zu beseitigen. Umgekehrt aber auch zu der Berechtigung, Beweisführungen, deren Ergebnißlosigkeit klar ist, nicht zu gestatten. Die in Frage stehende Schuld- und Pfandverschreibung ist in einer in ganz Niedersachsen herkömmlichen Form abgefaßt, und es wird von dem Standpunkt des gemeinen Rechts aus Niemandem in den Sinn kommen können, zu behaupten, daß durch den Verkauf des speciell verpfändeten Immobiles oder wegen Nichtanmeldung des bei der Gelegenheit ergangenen Proclam's die persönliche Darlehnsklage gegen den ursprünglichen

Schuldner erloschen sei. Der letzte Rechtssatz hat so wenig Sinn, daß dessen Vorkommen an irgend einem Ort bezweifelt werden muß. Der erste Rechtssatz geht von einer Auffassung aus, welche sich nur construiren läßt, wenn man das Immobile als den Träger der Schuld auffaßt, und dessen Eigner als jeweiligen Vertreter. Allein eine derartige Auffassung ist dem gemeinen Recht völlig fremd und die Fassung der mehrgedachten Schuld- und Pfandverschreibung weis't nicht entfernt darauf hin. Wollte also der Beklagte so abnorme Rechtssätze auf dieselbe zur Anwendung gebracht sehen, so durfte er sich nicht mit ihrer nackten Behauptung begnügen, sondern hatte dieselbe zu substanziiren. Das ist aber in keiner Weise geschehen, und wenn überdies weder in den für Holstein bis auf die neueste Zeit erlassenen Gesetzen, noch in den zur öffentlichen Kunde gelangten Erzeugnissen der Wissenschaft und der Rechtsprechung, insbesondere den Schriften von Schrader, Falck und Paulsen, sich irgend eine Andeutung findet, daß die behaupteten Rechtssätze an dem in Betracht kommenden Orte Geltung haben, so konnte sich das Ober-Appellations-Gericht in keiner Weise veranlaßt finden, durch die Herstellung jener beiden Beweise die Rechtsverfolgung des Klägers anderweit zu verlängern, während in Betreff des dritten Beweises, wornach beim Verkauf des speciell verpfändeten Immobile dem Darlehnsschuldner die Einrede der Vorausklage zustehen soll, die Rechtskraft aus gleichförmigen Entscheidungen der oberstrichterlichen Thätigkeit Schranken setzt.

---

46. Hamburg.

Friedr. Heinrich und **Hermann Heuſs** zu Hamburg, Kläger, wider **Otte & Becker** daſelbſt, Beklagte, Einrede der Unzurechnungsfähigkeit im Wechſelproceſſe betreffend.

Erörterungen über die Erforderniſſe der Liquidität einer Einrede im Wechſelproceß.

Rechtsfall. Ein von Friedrich Becker auf die Firma Otte & Becker 3 Monat dato an eigne Ordre gezogener und mit Accept verſehener Wechſel wurde von den Klägern, die durch Blancoindoſſament legitimirt waren, gegen die Beklagten eingeklagt. Dieſe Letzteren, deren Firma ſeit dem 1. April 1868 in Liquidation getreten war, erklärten durch den Mitinhaber Otte, dem die Liquidation allein übertragen worden, ſie kennten den Wechſel gar nicht und hätten das Accept nicht geleiſtet. Sollte daſſelbe etwa von dem früheren Mitinhaber der Firma, Becker, herrühren, ſo müſſe man bemerken, daß derſelbe zur Zeit der Acceptleiſtung ſich in unzurechnungsfähigem, geiſteskrankem Zuſtand befunden habe, worüber ſofort ärztliche Beſcheinigungen beigebracht und überdies polizeiliche und vormundſchaftliche Acten in Bezug genommen wurden. Es wurde gebeten, die Klage abzuweiſen.

In ihrer Replik verlangten die Kläger zunächſt von dem Beklagten Otte und dem gerichtlich beſtellten Curator des Becker in Betreff der geleugneten Aechtheit des Accepts die Diffeſſionseide, und bemerkten ſodann, daß die Einrede, Becker, wenn er das Accept geleiſtet haben ſollte, habe ſich wegen Geiſteskrankheit in unzurechnungsfähigem Zuſtand befunden, illiquide ſei und als ſolche im Wechſelproceſſe keine Beachtung verdiene. Uebrigens wiſſe man auch nicht, wann das Accept geleiſtet ſei, daſſelbe könne ja auch antedatirt und Becker damals zurechnungsfähig geweſen ſein.

Das Handelsgericht erkannte am 28. Mai 1868, daß zunächst die Acten der Vormundschaftsbehörde, resp. der Polizei, betreffend die Stellung des Becker unter Curatel, einzuziehen seien, und bemerkte in den Gründen das Folgende:

Rechtsgeschäfte, von Jemand eingegangen, der in dem Maße geisteskrank sei, daß er als handlungsunfähig betrachtet werden müsse, seien nach mehrfachen neueren Entscheidungen schlechthin nichtig. Es sei dabei auch anerkannt, daß zur Liquidestellung des Einwands der aus solchem Grunde vorhandenen Nichtigkeit auch im Wechselproceß der Antrag auf Requisition von Acten anderer hiesiger Behörden zulässig sei, und dieser Antrag sei ohne Zweifel durch Bezugnahme auf diese Acten gestellt worden. Daß der Wechsel antedatirt, sei bis zum Beweise des Gegentheils nicht anzunehmen, übrigens komme überhaupt nur die Zeit vom 15. Febr. bis zum 31. März in Betracht, denn an diesem Tage sei die Liquidation des Geschäftes dem Otte allein übertragen, und das Recht des Becker, die Firma zu zeichnen, habe aufgehört.

Das Obergericht ließ in seinem Erkenntniß vom 19. Juni 1868 die Frage, ob „die Berufung auf speciell bezeichnete, bei anderen Behörden vorhandene Acten, welche dem Gerichte durch Requisition derselben zugängig gemacht werden sollen," unter Umständen nicht unzulässig im Wechselproceß sein möchte, dahingestellt, erklärte, es habe ex officio die hier fraglichen Acten eingesehen, und fügte hinzu, daß aus denselben sich darüber, ob Becker am 15. Febr. oder zu der Zeit der Acceptsleistung wegen Geisteskrankheit zur Eingehung von Rechtsgeschäften unfähig gewesen sei, Nichts ergebe. Nun sei aber im Uebrigen die vorgeschützte Einrede nicht liquide und somit ad separatum zu verweisen, die Sache aber zur Entscheidung über das fernere beklagtische Vorbringen und insbesondere über die Aechtheit des Acceptes an die erste Instanz zu remittiren.

Unter dem 22. Mai 1869 ward diese Entscheidung vom Ober-Appellations-Gericht bestätigt aus folgenden

Gründen:

Die Beklagten beschweren sich über die von dem Obergerichte verfügte Abweisung der auf den Gemüthszustand des Becker gegründeten Einrede, und verlangen, unter Beibringung eines neuen Thatumstandes zunächst die gänzliche Abweisung der Klage, unter Verurtheilung der Gegner in sämmtliche Kosten; eventuell eine sonstige sachentsprechende Entscheidung.

Das Obergericht hat die von dem Handelsgerichte getroffene vorgängige Verfügung, gerichtet auf Herbeischaffung der bei der Vormundschaftsdeputation und der Polizei ergangenen Acten, betreffend die Bestellung einer Curatel über Becker und dessen Aufnahme in die Irrenanstalt, durch Einziehung dieser Acten von Amtswegen zu erledigen gesucht, sodann aber weder der principalen noch der eventuellen Beschwerde der Kläger in voriger Instanz, gerichtet auf sofortige Auflage von Diffessionseiden an Otte und Dr. Seebohm, unter endlicher Verwerfung des Vorbringens der Beklagten oder unter einstweiliger Aussetzung der Entscheidung über dasselbe, entsprochen, sondern lediglich die aus dem Gemüthszustande des Becker entnommene Einrede aus dem Wechselproceß zur besonderen Ausführung verwiesen, im Uebrigen aber die Sache zum Erkenntniß über das sonstige Vorbringen, insonderheit die Echtheit des Wechselacceptes, an das Handelsgericht zurückverwiesen, und hierbei haben sich Kläger beruhigt.

Da nun die von den Parteien der Officialthätigkeit des Obergerichts zu Theil gewordene Kritik unberücksichtigt bleiben kann, weil besondere Anträge deßfalls nicht gestellt sind, so fragt es sich zunächst, ob überhaupt Grund vorhanden sei, die Entscheidung des Obergerichts aufzuheben. Dem ist jedoch nicht so.

Daß der Nachweis des Mangels jeder Handlungsfähigkeit zur Zeit des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes dieses ohne Weiteres vernichte, ist außer Zweifel, und nicht minder, daß dieser Satz auch bei Wechselaccepten Anwendung finde.

Vergl. die Ausführung des Ob.=App.=Ger. in Frankf. S. Erlanger w. Lugenheim cur. 29. Janr. 1852 (Jurisprudenz des Ob.=App.=Ger. in Wechselsachen S. 188 № 2).

Diese Vernichtung geschieht nach römischem Recht ipso iure und nicht per exceptionem. Allein damit ist nicht ausgeschlossen, daß der Einwand mangelnder Handlungsfähigkeit einem Wechselaccepte gegenüber im Wechselproceß als eine Einrede in heutiger Bedeutung anzusehen sei, und mithin, um in solchem Beachtung zu finden, die für diesen erforderliche Liquidität haben müsse. Es ist daher zu untersuchen, was dazu gehört, damit eine Einrede im Wechselproceß als liquide gelten könne. Der richtige Grundsatz ist hier, soweit nicht besondere gesetzliche Vorschriften darüber gegeben sind, der von

Heise, Handelsrecht. S. 305 flg.,

hervorgehobene, daß die rechtliche Gleichheit beider Parteien hierbei das Entscheidende sei. In derselben Weise, wie der Wechselkläger seinen Klaggrund liquide zu stellen hat, muß auch der Beklagte seine Einreden liquide machen. Also derselbe Gesichtspunkt, auf welchen man sich auch im Executivproceß zu berufen pflegt. Danach darf man sich bei Zulassung der Einreden nicht mit dem Beibringen einer bloßen Bescheinigung, mit einer größeren oder geringeren Wahrscheinlichkeit begnügen, vielmehr muß ein voller Beweis geliefert werden. Auch hat sich in diesem Sinne das Ober-Appellations-Gericht unter Anderen ausgesprochen in der Frankfurter Sache

Krüger c. Schröder, 1825 (Jurisprudenz des Ob.=App.=Ger. zu Lübeck in Wechselsachen S. 56 rat. pg. 11, 12).

Andererseits darf man aber auch nicht so weit gehen, zu verlangen, daß eine Gewißheit geliefert werde, die nicht mehr durch Gegenbeweis widerlegt werden könnte. Auch der Beweis des Wechselklägers muß so beschaffen sein, daß er an sich dem Richter volle Ueberzeugung gewährt, und wenn kein anderes Beweismaterial dagegen zum Vorschein kommt, dieselbe auch wirklich definitiv begründet, daß aber die Mög-

lichkeit einer Entkräftung z. B. durch Darthun von Beweiseinreden, immer noch übrig bleibt. Der Beklagte wird nur wegen des Zwecks schleuniger Rechtshülfe mit solchem Gegenbeweis ebenso wie mit illiquiden Einreden zur besonderen Ausführung verwiesen. Ganz ebenso hat der Beklagte für seine Einreden so viel zu liefern, daß das Fundament derselben, in Ermangelung einer etwaigen Erschütterung durch anderes Beweismaterial, vollständig bewahrheitet erscheint; dem Kläger steht die Wiederlegung immer noch offen, kann er sie aber nicht sofort in ausreichender Weise liefern, so muß er ganz wie im Fall illiquider Repliken gegen eine liquide Einrede, auf das beschleunigte Verfahren verzichten und im ordentlichen Verfahren seinen Gegenbeweis führen. In Bezug auf den Executivproceß mit Einschluß des Wechselprocesses müssen daher die Ausführungen von

Briegleb, summar. Proceß S. 169 flg., 202 flg., 304 flg.,

über das Erforderniß der Liquidität in diesem Sinne, von ihm als Princip der „Prima-facie-Cognition" bezeichnet, für richtig und der durch die deutsche Praxis ausgebildeten Natur dieser Proceßart entsprechend erachtet werden. Auch darin wird man ihm beistimmen müssen, daß kein genügender Grund vorliegt, die Möglichkeit der Herstellung der Liquidität principiell auf gewisse Gattungen von Beweismitteln zu beschränken und die übrigen davon auszuschließen; die Beschränkung, die im einzelnen Fall dadurch eintritt, daß wegen der Nothwendigkeit, einen sofortigen Beweis zu erbringen, kaum jemals andere Beweismittel gebraucht werden können, als die, welche in der Form von Urkunden zu Gebote stehen, ist keine principielle, sondern nur eine factische. Zeugen und Sachverständige sind ausgeschlossen, wenn erst die gewöhnliche Beweisaufnahme eingeleitet werden soll,

Vergl. Heise a. a. O. S. 307,

nicht aber nach richtigerer Ansicht, wenn ein fertiges Zeugenverhör-Protokoll, wenn ein schriftliches Gutachten eingereicht wird, und dieselben den Beweis des Klaganspruchs oder der Einrede in ausreichender Weise liefern. Ein Zweifel

wirft sich mit Grund nur bei der Eideszuschiebung wegen ihrer besonderen Natur auf; schließt der Gerichtsgebrauch sie aus,

vergl. Hamb. Gerichtszeitung 1863 p. 50,

so darf darin wenigstens kein principieller Widerspruch gefunden werden.

Geht man nun von diesen theoretischen Grundlagen aus, deren Darlegung zur Berichtigung der Ansichten der Beklagten, besonders in gegenwärtiger Instanz, erforderlich war, und fragt man zunächst, wie es mit den Beweisen dafür stehe, daß vom 15. Febr. bis Ende März 1868 — denn auf diesen ganzen Zeitraum kommt es an, da für eine anticipirte Acceptation von Klägern nichts Erhebliches vorgebracht ist —,

vergl. Borchardt, Allg. deutsche Wechsel-Ordn. 5. A. Berlin 1869 p. 166,

der am 11. April 1868 in die Irrenanstalt Friedrichsberg aufgenommene und am 5. Mai obrigkeitlich unter Cura gestellte Becker handlungsunfähig gewesen sei, so liegt dafür vor

a) die gehörig beglaubigte unbeeidigte schriftliche Erklärung des Dr. med. Dörger, welcher den Becker im Januar 1868 an Gehirnhyperämie, von welcher unter Anderem eine entschiedene Geistesverwirrung die Folge gewesen sei, behandelt hat, und sich dahin ausspricht, daß Becker von da an, wo er den Anfall von delirium alcoholicum gehabt, bis zu seiner Aufnahme in Friedrichsberg als demens, also als nicht zurechnungsfähig, zu betrachten sei.

b) Die ihrer Echtheit nach nicht bezweifelte Angabe des Oberarztes gedachter Anstalt, Dr. Reye, daß Becker schon in den letzten Monaten vor seiner Aufnahme geisteskrank gewesen sei, erscheine dem Arzte unzweifelhaft.

Nun muß zwar der Uebereinstimmung zweier Aerzte, des Irrenarztes und des Arztes der letzten Behandlung, in ihren wissenschaftlichen Aussprüchen an sich große Erheblichkeit beigemessen werden. Allein bei beiden Aussprüchen ist nicht unberücksichtigt zu lassen, daß sie auf Schlußfolgerungen beruhen. Die zweite auf den schon an sich sehr bedenklichen

Mittheilungen des Kranken über sein früheres Leben und auf dem Gutachten des Hausarztes. Das dieses Letzteren aber beruht auf eigenen Wahrnehmungen nur während des Januar 1868, für die Zwischenzeit bis März nur auf dem Umstande, daß Becker nicht geheilt war am Ende der ärztlichen Behandlung, und daß er seinen auch sonst bestätigten Angaben zufolge, dem ärztlichen Rathe zuwider, sein früheres Leben in der Zwischenzeit nicht aufgegeben haben soll. Also wiederum auf Mittheilungen Dritter, nicht durchgängig auf eigenen Wahrnehmungen.

Es tritt also in beiden Gutachten für die in Rede stehende Zeit eine Unvollständigkeit des Beweises hervor, und hierüber konnte, abgesehen überdies von dem bei Doerger aus der Nichtbeeidigung und den etwaigen Einwendungen wider dessen Person zu entnehmenden Bedenken, jedenfalls bei der vorliegenden Sachlage nicht hinweggegangen werden. Denn der Kläger hat sich nicht damit begnügt, die Zurechnungsfähigkeit des Becker jenen Gutachten gegenüber generell zu behaupten, er hat vielmehr, und zwar nicht bloß zur Documentirung der Möglichkeit lichter Augenblicke während der erheblichen Zeit, sondern ganz allgemein auf Momente sich berufen, die, wenn genügend ins Licht gesetzt, möglicherweise für die Führung des Gegenbeweises erheblich in die Wagschaale fallen können. Dahin gehört einmal die angeblich auf Veranlassung von Otte zur Empfangnahme von Holz noch im März oder April von Becker unternommene Reise nach Berlin; und ferner die im März 1868 mit Otte gepflogene Auseinandersetzung, verbunden mit der Abgabe einer Erklärung auf dem Firmenbureau. Denn wenn der Associé bei verschiedenen Gelegenheiten seit seiner letzten Krankheit im Januar sich vollkommen handlungsfähig bewiesen haben sollte, so ist derzeit nicht recht begreiflich, weßhalb ihn gerade bei Wechselaccepten eine so unbesiegbare Schwäche überfallen haben müßte, welche berechtigte, gerade diese Acte als im Zustande der Willensunfreiheit vorgenommen anzusehen. Auch wird an dem Vorstehenden

c) durch die abseiten des Obergerichts von Amts wegen eingesehenen Polizei- und Vormundschafts-Acten nicht das mindeste geändert. Erstere bestehen in der Verfügung des Polizeichefs zur Untersuchung des in die Irrenanstalt zu Friedrichsberg aufgenommenen Becker vom 14. und in dem Physicatsbericht vom 15. April 1868. Der Letztere verbreitet sich lediglich über die Berechtigung zur Aufnahme dieses Gewohnheitstrinkers, bei welchem die dementia alcoholica als vorhanden anzusehen; über den Zeitpunkt aber, mit welchem sie eingetreten, findet sich darin kein Wort. Ebensowenig aber in dem den Vormundschafts-Acten anliegenden Physicats-Bericht vom 27. April. Im Gegentheil ergiebt sich daraus, daß Becker sich sehr wohl bewußt gewesen ist, dem Simon Gefälligkeitswechsel ausgestellt zu haben. Auch konnte das Ober-Appellations-Gericht nach formeller Sachlage sich nicht für befugt erachten, den erst mit Bericht des Curators Dr. Seebohm vom 4. Septbr. 1868 zu den Acten gebrachten Vertrag, betreffend die Auflösung der Gesellschaft vom 9. März 1868 in den Kreis seiner zeitigen Sachbeurtheilung aufzunehmen.

Schließlich ändert sich an dem Vorstehenden

d) nichts durch die in gegenwärtiger Instanz beigebrachte neu entstandene Urkunde, das Gernet'sche Physicats-Gutachten vom 5. Juni 1868. Denn auch sein Inhalt mußte für ungeeignet erachtet werden, der in Rede stehenden Einrede die erforderliche Liquidität zu verschaffen. Und zwar um deßwillen, weil es für die erhebliche Zeit nicht auf eigene Wahrnehmungen sich stützt, sondern im Wesentlichen nur die wissenschaftliche Richtigkeit der von Reye und Doerger geschehenen auf Schlußfolgerungen beruhenden Aussprüche bekundet. Verleihet es ihnen also einen erhöheten Anspruch auf Glaubwürdigkeit, die oben gerügte Unvollständigkeit der Beweisführung im Wechselproceß beseitigt es nicht; und noch weniger das Recht der Kläger auf Gegenbeweis überhaupt.

Vergl. Hamb. Präjud. Schlüter 18. Juli 1868.

Mußte sonach die Entscheidung des Obergerichtes lediglich

bestätigt werden, so bedarf es kaum noch einer Hinweisung darauf, daß die in dem Vorstehenden befolgte Auffassung in Einklang steht mit der auch in anderen Ländern befolgten Rechtsprechung, worüber auf die in

Borchardt, Allg. deutsche Wechsel-Ordn. 5. Ausg. Berl. 1869 pg. 11,

verzeichneten Nachweisungen verwiesen werden kann.

---

47. Hamburg.

Bernhard Carlsberg zu Hamburg, Kläger, wider **Otte & Becker** in Liquidation daselbst, Beklagte, Einrede der Unzurechnungsfähigkeit im Wechselprocesse betreffend.

In dem vom Ober-Appellations-Gericht am 22. Mai 1869 abgegebenen Erkenntniß ward die Entscheidung der vorigen Instanz bestätigt, und dabei lediglich verwiesen auf die Gründe zu dem an demselben Tage abgegebenen Urtheil in der ganz gleichen Sache Heuss c. Otte & Becker, welches in der vorigen Nummer abgedruckt ist.

---

48. Hamburg.

D. F. Reimann zu Hamburg, Angeklagter, wider **Dr. jur. L. Haller,** Substituten des Fiscals als Staatsanwaltes in Preßprocessen, Ankläger, wegen Preßvergehen, jetzt Zulassung der Extrajudicial-Appellation und Gewährung des Suspensiveffects betreffend.

Das Ober-Appellations-Gericht hat in dieser Sache unterm 22. Mai 1869 eine Beschwerde wider einen Oberge-

richtsbescheid vom 4. Mai c. a. als unbegründet zurückgewiesen, und zwar in Erwägung:

1) daß Appellant den Bescheid des Obergerichts vom 4. ds. Mts. nur insoweit anficht, als dieser Bescheid der gegen das Decret desselben Gerichts vom 27. vor. Mts. gerichteten Interposition der Extrajudicial-Appellation nicht deferirt und den nachgesuchten Suspensiv-Effect nicht gewährt hat;

2) daß jedoch die versagte Zulassung der Extrajudicial-Appellation — auch ganz abgesehen von der Vorschrift in § 40 der Gerichtsordnung für das Ober-Appellations-Gericht — schon deßhalb als gerechtfertigt sich darstellt, weil, nach den im zweiten Abschnitte dieser Ordnung über die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts getroffenen Bestimmungen, eine Extrajudicial-Appellation an dasselbe nur in Civilsachen gestattet ist, und in Criminal-Sachen — wie bereits zu wiederholten Malen erkannt worden — überhaupt nicht Platz greift; eine Ausnahme von dieser Regel auch nicht etwa deßhalb gemacht werden kann, weil vorliegend eine Recusation des Obergerichts in Frage steht, indem die Recusation nur einen Incidentpunkt in einer Criminal-Sache bildet und für die Frage über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Character der Hauptsache maßgebend erscheint;

3) daß die Beschwerde über Versagung des Suspensiv-Effects, soweit auf die Extrajudicial-Appellation bezüglich, durch den Abschlag des Rechtsmittels selbst ihre Erledigung findet, soweit sie aber, nach der nicht ganz klaren Intention des Appellanten, auch auf die beiden anderen von ihm interponirten Rechtsmittel, Richtigkeits-Beschwerde und einfache Beschwerde, zu beziehen sein sollte, dem Obergericht darin beizutreten ist, daß der Interposition dieser Rechtsmittel beim judex a quo überall keine rechtliche Bedeutung zukommt und daher auch von einer aufschiebenden Wirkung derselben nicht die Rede sein kann;

4) daß es endlich, bei sofort auszusprechender Verwerfung der Beschwerde, einer Verfügung auf das Gesuch um provisorisches Inhibitorium nicht bedarf.

49. Lübeck.

In Strafsachen wider **J. F. A. Egré** aus Lübeck, wegen Verbrechens wider die öffentliche Ordnung und Diebstahls.

Die gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 8. April 1869 eingewandte Nichtigkeitsbeschwerde ward vom Ober-Appellations-Gericht unterm 25. Mai ds. Js. als unstatthaft verworfen, in Erwägung:

daß der Querulant in Betreff der Einwendung und näheren Angabe der gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 8. April ds. Js. ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde zwar die in den §§ 12 und 15 der Competenz-Verordnung für das Ober-Appellations-Gericht vorgeschriebenen Fristen inne gehalten hat; daß jedoch aus der vom Querulanten am 27. April bei dem Obergerichte eingereichten „Einführung der Nichtigkeitsbeschwerde" erhellet, daß der Querulant keineswegs dem Obergerichts-Verfahren oder dem Obergerichts-Erkenntnisse Nichtigkeit beimisset, sondern ein ihm günstigeres, als das vom Obergericht und früher vom Stadt- und Landgericht abgegebene Erkenntniß, aus dem Grunde beantragen zu können glaubt und zu beantragen beabsichtigt, weil die nachträgliche Benutzung gewisser von ihm angegebener, erst seit der Publication des Obergerichts-Erkenntnisses aufgefundener neuer Beweismittel seiner Erwartung nach den Erfolg haben werde, die ihm als Diebstahl angerechnete Handlung als eine durch den Ablauf des Verjährungszeitraums straflos gewordene Unterschlagung erscheinen zu lassen;

daß für den Fall der Auffindung neuer, die Freisprechung oder doch minder schwere Bestrafung eines Verurtheilten herbeizuführen geeigneter Beweismittel dem Verurtheilten nicht der Weg der Nichtigkeitsbeschwerde gegen das wider ihn abgegebene Erkenntniß eröffnet ist, sondern er zum Zweck

der Benutzung jener Beweismittel auf Grund des § 267 № 2 der Strafproceß-Ordnung Wiederaufnahme der beendigten Untersuchung zu beantragen hat;

daß hiernach ein zulässiger Nichtigkeitsgrund von dem Querulanten überhaupt nicht angegeben worden ist.

Hamburg. 50.

Capitän **A. Puhlmann** zu Hamburg, Kläger, wider **Schabert & Möller** daselbst, Beklagte, Contocurentforderung betreffend.

Es handelte sich hier nur um eine Nichtigkeitsbeschwerde des Klägers wider ein Obergerichts-Erkenntniß. Das Obergericht habe erhebliche Momente, welche der Kläger in seinen Ausführungen geltend gemacht, unbeachtet gelassen; zur Erläuterung braucht nur Folgendes vorangestellt zu werden. Die Beklagten, Hamburgische Rheder, haben ein Filial-Etablissement J. C. Julius Möller in Hongkong. Von diesem wurde Capitän Puhlmann in Hongkong engagirt, um die Führung des Schiffes Chin-Chin zu übernehmen. Der Kläger hat denn auch dieses Schiff in den Jahren 1865 bis 1867 und zu Anfang des Jahres 1868 geführt, und der Streit zwischen den Parteien dreht sich darum, wie das Rechnungsverhältniß zwischen ihnen, dem Kläger als dem Schiffer und dem Beklagten als dem Rheder, sich stelle. Am 26. December 1867 verließ Capitän Puhlmann mit dem Chin-Chin und einer Ladung Reis Saigon in Cochin-China, man ersieht nicht, wohin bestimmt, ob nach Ostafrica oder nach Europa. Am 11. Februar 1868 gerieth das Schiff an der Südspitze der Insel Rodriguez fest und ging in der Brandung total verloren. Der Verkauf des Wracks

ergab nur Bco.ℳ 128. 4 ß, außerdem ist ein Chronometer zum Werth von Bco.ℳ 300. gerettet. Bei den Acten befindet sich ein Protokoll des zu Port Mathurin auf Rodriguez fungirenden Police-Magistrate George Jenner über jenen Vorgang und die ferneren Acte, sowie auch ein vorläufiger Seeprotest des Capitäns vom Tage des Unglücks selbst mit dem Vorbehalt „of extending this protest," und sodann eine ausführliche, vom Capitän und sieben Leuten der Mannschaft am 19. Februar vor dem erwähnten Magistrate Jenner belegte Verklarung. Unter das von Jenner beglaubigte Document ist später folgender Zusatz gesetzt worden, beglaubigt vom Consul Stein in Port Louis, Insel Mauritius:

„This 22. Mai 1868 Capt. Puhlmann and the crew of the Shooner Chin-Chin appeared in this Consulate and, after the foregoing protest had been read over to them, all declared that it was just and true; in testimony of which they have signed this with me."

Die Mannschaft des Schiffs war nämlich von Rodriguez zunächst nach der Insel Mauritius geschafft, von wo sie sich nach Europa begeben hat. Die von dem Police-Magistrate Jenner verausgabten Gelder sind diesem von dem Hamb. Consul Stein auf Mauritius vergütet worden. Letzterer hat auch für die Besatzung des Chin-Chin Gelder hergegeben, zu deren Deckung Capitän Puhlmann von Mauritius aus £ 150. 5 s. 1 d. an die Ordre des Consul Stein auf Beklagte gezogen hat, welche indessen hievon nur £ 115. 12 s. honorirt haben. In jenen £ 150. 5 s. 1 d. sind auch Gagebeträge für den Capitän und die Mannschaft des Chin-Chin begriffen, deren Verausgabung die Beklagten als unstatthaft bezeichneten, und deren Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit den hier in Betracht kommenden Streitpunkt gebildet hat. Maßgebend für das in Rede stehende Verhältniß sind die (den Artikeln 453 und 526 des Handelsgesetzbuchs entsprechenden) Art. 26 und 27 der Hamb. Seemanns-Ordnung.

Das Handelsgericht erkannte über diesen Punkt 31. Oct. 1868 dahin:

daß der Anspruch des Klägers, die Beklagten zur Zahlung von Gage bis zum 23. Mai ds. Js. zu verpflichten, zurückzuweisen, ein solcher Anspruch vielmehr nur bis zum 19. Februar ds. Js. für begründet zu erklären, und der betreffende Posten der klägerischen Rechnung demgemäß zu reduciren sei.

In den Entscheidungsgründen heißt es speciell in Betreff der Haftung der Beklagten mit ihrer Fortune de terre für die an die Mannschaft gezahlte Gage:

die der Mannschaft gezahlte Gage, mit Ausnahme derjenigen bis zum 19. Februar, concernire die Beklagten nicht, weil nach Art. 26 der Seemanns-Ordnung die Mannschaft wegen solcher Gage keinen Anspruch gegen den Rheder persönlich habe; auch könne ein solcher Anspruch nicht dadurch begründet werden, wenn die Gage auf Anrathen des Consuls oder durch diesen bezahlt sein sollte;

und im Uebrigen:

Gage habe nur gefordert werden können für die Zeit vom Abgange von Saigon bis dahin, wo die Mannschaft noch im Interesse der Rhederei thätig gewesen sei; auch hafte die Rhederei nur mit der Fortune de mer. Die Thätigkeit der Mannschaft habe schon in Rodriguez aufgehört; die dort vor dem Police-Magistrate abgelegte Verklarung sei eine ordentliche Verklarung, und die nochmalige Bestätigung derselben durch den Hamb. Consul in Mauritius komme nicht in Betracht. Beklagte könnten hienach wegen Gage nur bis zum 19. Februar, dem Tage der Belegung der Rodriguez-Verklarung in Anspruch genommen werden.

In Betreff dieser Gage lautete das Obergerichts-Erkenntniß vom 18. December 1868 confirmatorisch.

Die hiegegen erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ward durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 26. Mai 1869 verworfen, und zwar in Erwägung:

daß die beiden vom Kläger in zweiter Instanz geltend

gemachten Momente von welchen derselbe behauptet, daß das Obergericht sie unbeachtet gelassen habe:

erstens, der Hamburgische Consul auf Mauritius habe es für angemessen erachtet, dem in Rodriguez aufgenommenen Instrument das unter selbigem befindliche Attest beizufügen; dieses Attest sei daher nach dem Erachten des zu solcher Entscheidung unzweifelhaft competenten Consuls nothwendig gewesen, um die Verklarung zu einer ordnungsmäßigen zu machen, und zweitens, der Consul habe dem Kläger die Weisung ertheilt, die fragliche Gage auszuzahlen; der Kläger habe dieser Weisung Folge leisten müssen, und die Beklagten seien somit verpflichtet, die auf Consularbefehl gezahlten Beträge ihm, dem Kläger, zu erstatten;

vollständig und mit Nachdruck schon in der Handelsgerichts-Verhandlung vom Kläger geltend gemacht worden sind, indem der klägerische Vortrag in Betreff jener Momente dahin protokollirt ist:

(Prot. p. 28) die Anordnungen und Handlungen des Hamburgischen Consuls seien als diejenigen des höchsten und competenten Richters anzusehen gewesen;

(pag. 28/29) der Consul habe erklärt, die auf Rodriguez aufgenommene Verklarung sei keine genügende Verklarung gewesen; — erst durch die Mitunterschrift des Consuls sei die Verklarung ordnungsmäßig belegt;

(pag. 34) der Consul habe der Mannschaft die fragliche Gage bezahlt, und den Capitän für verpflichtet erachtet, der Mannschaft die Gage zu bezahlen; dasjenige was der Consul gesagt habe, sei für den Kläger Gesetz gewesen;

daß das Handelsgericht die zufolge des Vorstehenden vor ihm ganz so, wie später vor dem Obergerichte geschehen, vorgebrachten in Rede stehenden Momente verworfen, und dabei wie folgt sich ausgesprochen hat,

(pag. 12/13) die nochmalige Bestätigung der Rodriguez-Verklarung von dem Consul in Port Louis komme nicht weiter in Betracht;

(pag. 17) der Anspruch des Klägers (auf beklagtische

Anerkennung der Gagezahlung) könne auch dadurch nicht begründet werden, wenn die Gage auf Anrathen des Consuls, oder durch denselben, bezahlt sein sollte;

daß das Obergericht, nachdem es in seinem Erkenntnisse andere Streitfragen, in Betreff welcher es zum Theil von dem Handelsgericht abwich, ausführlich berührt hatte, am Schlusse seines Erkenntnisses dahin sich ausgesprochen hat:

in allen übrigen Beziehungen sei dem Handelsgerichte aus den von diesem geltend gemachten Gründen beizutreten;

daß es hiernach eine grundlose Behauptung des Klägers ist, es ergebe sich aus dem Erkenntnisse des Obergerichts, daß dieses die oben angegebenen Momente unbeachtet gelassen habe; in welcher Beziehung dem von dem Kläger angegebenen Umstande, daß das Handelsgericht in seinen Entscheidungsgründen nicht völlig dieselben Ausdrücke gewählt hat, welche der Kläger gebrauchte, insbesondere es von einem „Anrathen" des Consuls redete, wo der Kläger sich des Ausdrucks „Consularbefehl" bediente, keine Erheblichkeit beizulegen ist; wie denn überhaupt der Rechtsbestand eines Erkenntnisses dadurch nicht erschüttert werden kann, wenn der Richter bedeutungslosen Argumenten der Parteien besondere Ausführungen nicht zuwendet;

daß hiernach nicht nur die klägerische Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen, sondern auch nach Vorschrift des § 106 der Gerichtsordnung gegen den Kläger und dessen Sachführer mit Verhängung einer Strafe wegen des Mißbrauchs des Rechtsmittels vorzugehen ist.

---

51. Hamburg.

Adolph Westermann zu Hamburg, Kläger, wider **Dr. Kierulff, Dr. Nathan** und **J. H. C. Müller** als curatores bonorum von **J. Kroschwitz** daselbst, Beklagte, Vindication eines Theater-Inventars betreffend.

Auslegung eines Vertrags, von dem es streitig war, ob er die käufliche Ueberlassung oder nur die Verpfändung eines Theater-Inventars enthalte.

Rechtsfall. C. H. J. Kroschwitz, welcher am 25. Juni 1864 ein Theater-Inventar nach Maßgabe eines beigefügten Verzeichnisses für Bco. ℳ 8000. gekauft und in den nächsten Jahren als Director des St. Georg-Theaters zu Hamburg in Gebrauch gehabt hatte, sah sich am 23. März 1867 veranlaßt, notariell folgenden als „Kauf- und Verkauf-Acte" bezeichneten Vertrag mit dem Kaufmann C. Fr. Suck abzuschließen.

§ 1 und 2. Herrn C. F. Suck steht aus baarem Vorschusse eine Forderung von 2225 ℳ Sp. Bco. an Kroschwitz zu. „Zur Sicherheit für dieses Capital verkauft, cedirt und überträgt Kroschwitz das gesammte Inventarium des St. Georg-Theaters, wie er solches eigenthümlich erworben hat, und wie sich solches in genauer Specification der Acte vom 25. Juni 1864 angeheftet findet, dem Herrn C. F. Suck zum wahren und freien Eigenthum."

§ 3. Der Kaufpreis wird compensando berichtigt, indem der Verkäufer über den Kaufpreis quittirt und Suck sich für seine Forderung an Kroschwitz zufrieden gestellt erklärt.

§ 4. Das gesammte hier verkaufte Theater-Inventar bleibt zur Zeit noch an Ort und Stelle, und darf Kroschwitz

dasselbe ferner benutzen und ziemlich gebrauchen, jedoch mit der Verpflichtung, solche Gegenstände, welche durch Gebrauch verbraucht werden, durch andere von gleicher Qualität und Quantität zu ersetzen. Auch reservirt sich Suck das Recht, jeden Augenblick, wenn es ihm zweckdienlich erscheinen möchte, von seinem Eigenthumsrechte im weitesten Umfange Gebrauch zu machen und die Kaufobjecte von dort weg und zu sich nehmen zu können. Sollte er von diesem Rechte Gebrauch machen und zu einem öffentlichen oder Privatverkauf der mehrerwähnten Effecten schreiten, „so wird selbstverständlich ein bei einem solchen Verkaufe sich ergebendes plus über die Forderung des Herrn C. F. Suck hinaus von diesem dem Herrn Director Kroschwitz ausgeliefert werden."

§ 5. Kroschwitz „acceptirt diese Vergünstigung sachdienlichst," verspricht dem Inhalt des § 4 nachzukommen, und verpflichtet sich auch ausdrücklich, „das Inventar des St. Georg-Theaters jederzeit zur Verfügung des Herrn Suck halten und diesem auf erstes Anfordern hin unweigerlich ausliefern zu wollen."

Hierauf heißt es zum Schluß:

„Nachdem nun diese Kauf- und Verkaufsacte — — war unterschrieben worden, wies Herr rc. Kroschwitz dem Herrn Suck das Inventarium des St. Georg-Theaters an und berührte der Herr Käufer mehre der Kaufobjecte zum Zeichen der Besitzergreifung."

Einer beglaubigten Abschrift dieses Vertrages angehängt ist sodann folgender weitere zwischen Kroschwitz, Suck und Wilh. Ad. Westermann (jetzigem Kläger) am 7. November 1867 vor Notar und zwei Zeugen abgeschlossene Contract:

§ 1. Suck cedirt sämmtliche Rechte, wie er solche durch die vorstehende Acte vom 23. März erworben hat, an Kroschwitz zurück, indem er sich für seine Forderung an diesen durch Uebernahme derselben abseiten des Herrn Westermann befriedigt erklärt, und retradirt das Eigenthumsrecht an Kroschwitz.

§ 2. Kroschwitz „verkauft, cedirt und überträgt als nunmehr wieder Eigenthümer der im § 1 der Acte vom 23. März bezeichneten Kaufobjecte, diese zum wahren und freien Eigenthum an Herrn Wilh. Ad. Westermann, und zwar für den Kaufpreis von Bco. ℔ 5000." Westermann „acceptirt diesen Kauf, erklärt sich für seine Forderung zufrieden gestellt und bekennt das Eigenthumsrecht an den Kaufobjecten erwerben zu wollen."

§ 3. Der Kaufpreis wird berichtigt

1) durch Uebernahme der in der Acte vom 23. März bezeichneten Schuld des Kroschwitz an Suck von Sp. ℔ 2225., zahlbar an Suck innerhalb Jahresfrist;

2) durch Compensation mit Westermann's Forderung an Kroschwitz von Bco. ℔ 800.;

3) durch Baarzahlung von Ct. ℔ 500. bei Unterschrift dieser Acte, und

4) durch Zahlung des Restbetrages innerhalb Jahresfrist.

§ 4. Im Uebrigen bleiben die zwischen Kroschwitz und Suck vereinbarten Stipulationen auch zwischen den nunmehrigen Contrahenten Kroschwitz und Westermann in Kraft.

„Nachdem dieser Contract — — war unterschrieben worden, retradirte Herr Suck die in der — Acte vom 23. März a. c. bezeichneten Kaufobjecte an Kroschwitz, worauf dieser, nachdem er durch Anfassen mehrerer derselben wiederum Eigenthümer geworden war, nunmehr dieselben Herrn Westermann anwies, welcher durch Anfassen mehrerer derselben den Besitz ergriff."

Endlich ist noch unter dem 5. December 1867 folgender weitere Vertrag zwischen Kroschwitz, Westermann und zwei Herren Lummert notariell aufgenommen und den vorstehenden beiden Documenten gleichfalls angefügt worden.

Da Herrn Westermann im § 3 sub 4 des Contractes vom 7. November der Rest des Kaufpreises für das ihm verkaufte Inventar creditirt sei, und Herrn F. G. Lummert eine Forderung von Bco. ℔ 1000., Herrn G. Th. Lummert

eine solche von Crt. ℳ 1000., beide aus baaren Darlehen, an Kroschwitz zustehe, so habe man sich geeinigt, daß Westermann seiner Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreisrestes entbunden werde und dafür die beiden Herren Lummert als Käufer zur Höhe jenes Restbetrages einträten, diesen compensando auf ihre größeren Forderungen in Abzug brächten und demgemäß über die geschehene a conto-Zahlung, Kroschwitz dagegen über die Berichtigung des Restes des Kaufpreises quittirten. Auch sei man dahin übereingekommen, daß vor allen Anderen erst Herr Westermann für seine Forderung aus den Kaufobjecten sich befriedigen solle und erst nach ihm die beiden Herren Lummert aus den dann übrig bleibenden Kaufobjecten ihre Befriedigung für ihre resp. Forderungen erlangen sollten.

„Und haben die Comparenten — — unterschrieben und wies Herr Westermann als durch die oben bezeichneten Contracte vom 7. November a. c. Eigenthümer der Kaufobjecte den Herren F. G. Lummert und G. Th. Lummert an und berührten die genannten Herren mehrere derselben zum Zeichen der Besitzergreifung ihres durch diesen Contract erworbenen partiellen Eigenthums."

Kurz darauf ist gegen Kroschwitz der Concurs eröffnet worden, und im Februar 1868 trat Westermann beim Niedergericht gegen die Concurscuratoren klagend auf, indem er, gestützt auf die Kaufacte vom 7. November 1867, welche er in dem beschriebenen Document als Anl. 1, nebst dem Verzeichniß vom 25. Juni 1864 als Anl. 2 producirte, und unter Berufung darauf, daß er den Kaufpreis berichtigt habe, verlangte, daß ihm „das Inventar des St. Georg-Theaters, sei es das in dem Verzeichniß Anl. 2 angegebene, sei es das in Stelle dessen neu angeschaffte," als sein Eigenthum ausgeliefert werde. Die Beklagten beantragten zunächst, die Klage als dunkel abzuweisen, da nicht erkennbar sei, welche in der Masse vorhandenen speciellen Gegenstände gefordert würden, ließen sich aber eventuell auf die Sache

selbst ein und bestritten, daß der Kläger durch den Vertrag vom 27. November 1867 Eigenthümer geworden sei. Denn derselbe enthalte allen seinen Bestimmungen nach gar keinen Verkauf, sondern nur eine Pfandbestellung; die angebliche Tradition könne sich überdies nicht auf die vom Falliten seit 1864 neu angeschafften Inventargegenstände — das in der Masse vorhandene Inventar enthalte etwa zum dritten Theil solche neue Anschaffungen — bezogen haben; ohnehin sei die Tradition in keinem Fall eine ordnungsmäßige gewesen, da die verschiedenen Gegenstände sich in den verschiedenen Räumlichkeiten, zum Theil selbst in einer verschlossenen Kammer, zu welcher die Schlüssel nicht mit übergeben worden seien, befunden hätten; endlich habe Kläger laut des angehängten Vertrages vom 5. December 1867 die ihm tradirten Gegenstände selbst wieder den beiden Lummert tradirt, also das etwa erworbene Eigenthum wieder aufgegeben. Der Kläger suchte die Klage diesen Einwendungen gegenüber aufrecht zu halten und berief sich hauptsächlich auf den Wortlaut seines Kaufvertrags vom 7. November 1867, sowie hinsichtlich des Vertrags vom 5. December darauf, daß er den beiden Lummert pro rata der ihnen angewiesenen Summe einen ideellen Antheil an dem gekauften Inventar eingeräumt habe und die daselbst getroffene Uebereinkunft sich nur auf das Verhältniß zwischen ihm und den beiden Lummert beziehe.

1) Das Niedergericht

wies den Kläger durch Erkenntniß vom 19. Juni 1868 mit der angestellten Klage ab. Denn die in Anl. 1 enthaltenen Transactionen könnten als wirkliche Kaufgeschäfte, wodurch dem Kläger das Eigenthum des fraglichen Inventars erworben wäre, nicht angesehen werden, weil aus dem übrigen Inhalt der betreffenden Acten deutlich hervorgehe, daß dies gar nicht beabsichtigt worden sei, daß vielmehr die eigentliche Absicht nur auf Bestellung einer Sicherheit für die Forderungen der Gläubiger des Kroschwitz gegangen, die Bezeichnung als „Kaufgeschäfte" mithin nur eine simulirte gewesen

sei. In der ersten Acte vom 23. März 1867 sei nämlich ausdrücklich gesagt, daß der Verkauf nur zur Sicherheit für die Forderung des Suck geschehe, und in § 4 werde es als selbstverständlich bezeichnet, daß der Käufer, wenn er zur Realisirung der Kaufobjecte schreiten sollte, den Ueberschuß über seine Forderung dem Verkäufer auszukehren habe. Daraus gehe deutlich hervor, daß trotz des angeblichen Verkaufes und Compensation des Kaufpreises mit der Forderung des Käufers diese doch als fortbestehend betrachtet worden sei, was mit einem ernstlich gemeinten Kaufgeschäft unvereinbar sein würde. In der zwischen Kroschwitz und dem Kläger vollzogenen Acte vom 7. November finde sich freilich der Ausdruck, daß der Verkauf zur Sicherheit für die klägerische Forderung geschehe, nicht, wohl aber blieben nach § 4 sämmtliche in der Suck'schen Acte vereinbarte Stipulationen, also auch die, daß der Käufer im Fall einer Realisirung den Ueberschuß auszukehren verpflichtet sei, in Kraft, und schon daraus allein gehe genügend hervor, daß der Abschluß eines wirklichen Kaufgeschäftes keineswegs beabsichtigt worden sei. Ueberdies ergebe sich aus der dritten Acte, daß die Contrahenten zur Zeit des Abschlusses derselben, 5. Decbr. 1867, die Forderung des Klägers als eine noch bestehende betrachtet hätten, während sie durch die Transaction vom 7. November, wäre dieselbe ein Kauf gewesen, zu existiren aufgehört haben würde. Endlich sei auch die Bestimmung der dritten Acte, wonach zuerst der Kläger für seine Forderung aus den Kaufobjecten befriedigt werden solle und dann erst die beiden Lummert aus den übrig bleibenden Sachen, mit den Rechtsgrundsätzen über Miteigenthum durchaus unvereinbar, weil es ein Eigenthum erster und zweiter Priorität nach Art der Pfandrechte nicht gebe. Auch hieraus sei daher zu erkennen, daß die Contrahenten nur ein Pfandrecht oder eine Sicherheit, nicht aber Eigenthumsübertragung an die sogenannten Käufer beabsichtigt hätten.

Auf Appellation des Klägers, welcher Verurtheilung der Beklagten nach der Klagbitte verlangte, erkannte

2) das Obergericht

am 9. October 1868, daß die angestellte Klage nur angebrachtermaßen abzuweisen und sämmtliche Proceßkosten zu compensiren seien. Denn die Transactionen in Anl. 1 lauteten ausdrücklich dahin, daß die darin bezeichneten Gegenstände verkauft und zu freiem Eigenthum übertragen werden sollten. Daran habe man sich zu halten, sofern nicht anderweite Bestimmungen derselben zwingende Gründe ergäben, daß es lediglich auf Bestellung eines Pfandrechts abgesehen gewesen sei. Dies sei allerdings hinsichtlich des Vertrags vom 23. März 1867 zwischen Kroschwitz und Suck der Fall, weil § 1 sage, daß der Verkauf zur Sicherheit Suck's geschehe, und es in § 4 als selbstverständlich, also aus der Natur des Geschäfts folgend bezeichnet werde, daß Suck bei einem Weiterverkauf das sich etwa ergebende plus an Kroschwitz auszukehren habe. Doch bilde nicht schon das Versprechen dieser Auskehrung an sich ein Moment, wodurch die Absicht eines Verkaufs ausgeschlossen würde, indem nach

l. 7 § 2 D. de contrah. emt. (18, 1)

eine solche eventuelle Erhöhung des Kaufpreises mit der wahren Natur des Kaufes vereinbar sei; vielmehr liege das die Verkaufsabsicht ausschließende Moment lediglich in dem durch das Wort „selbstverständlich" hinzugefügten Motiv. In dem Vertrage zwischen Kroschwitz und dem Kläger vom 7. November 1867 finde sich nun der Ausdruck „zur Sicherheit" nicht wieder. Ferner stelle das frühere Suck'sche Geschäft den nominellen Kaufpreis lediglich auf die Summe der zu deckenden Forderung fest, augenscheinlich unter dem Werth der Kaufobjecte, wogegen in dem klägerischen Vertrag der weit höher bemessene Kaufpreis die zu deckenden Forderungen einschließlich der stipulirten sofortigen Baarzahlung um ein Bedeutendes übersteige, und der Käufer mit der Auszahlung dieses Mehrbetrages auf ein Jahr befristet werde. Bei dieser wesentlichen Verschiedenheit erscheine es sehr zweifelhaft, ob überhaupt die Bestimmung des § 4, daß im Uebrigen die in der Suck'schen Acte vereinbarten Stipu-

lationen in Kraft bleiben sollten, auch auf das Versprechen der Auskehrung eines eventuellen Ueberschusses zu beziehen sei, welches seinem Wortlaute nach eine unmittelbare Anwendung gar nicht zulasse. Bei jener Bestimmung des § 4 sei vielmehr sehr wahrscheinlich nur an die sonstigen Stipulationen der Suck'schen Acte hinsichtlich der einstweiligen und jederzeit widerruflichen Ueberlassung der verkauften Gegenstände zum Gebrauche des Verkäufers und der Verpflichtung, verbrauchte Gegenstände durch andere gleichartige zu ersetzen, gedacht worden. Auch wenn man indessen auf Grund von § 4 annähme, Kläger habe verpflichtet sein sollen, den Ueberschuß, den er über den fest stipulirten Kaufpreis von Bco. ℔ 5000. bei einem Weiterverkauf erlangen werde, an Kroschwitz auszukehren, so würde doch immer nur diese Stipulation selbst, nicht auch das in der Suck'schen Acte durch das Wort „selbstverständlich" angegebene Motiv derselben, als in den Vertrag vom 7. November hinübergenommen betrachtet und in dem § 4 kein die Absicht eines wirklichen Kaufes und Eigenthumserwerbes ausschließendes Moment gefunden werden können. Die Bestimmungen des Vertrages vom 5. December 1867 endlich hätten ersichtlich einen Rückfall des dem Kläger durch die Acte vom 7. November erworbenen Eigenthums an Kroschwitz in keiner Art bewirkt, und kämen nur soweit in Betracht, als die Beklagten sich eine vom Kläger allein angestellte Vindication nicht gefallen zu lassen brauchten und die Frage von der Richtigkeit der Lummert'schen Forderungen auf die Berichtigung des Kaufpreises von Einfluß sein könne. Die weiteren Bestimmungen dieser Acte über das innere Verhältniß der nunmehrigen drei Eigenthümer zu einander berührten dagegen den Kroschwitz und seine Masse gar nicht, ergäben aber auch kein Indicium gegen einen beabsichtigten Eigenthumserwerb; denn kein Rechtssatz stehe entgegen, wenn Miteigenthümer übereinkämen, daß beim Verkauf der gemeinschaftlichen Sache der eine von ihnen zunächst eine bestimmte Summe des Erlöses erhalten solle; und der Ausdruck „für seine Forderung" stelle

sich lediglich als eine kurze und, wenn man § 3 sub 1—3 des Vertrags vom 7. November vergleiche, ungenaue Bezeichnung desjenigen dar, was der Kläger vom Kaufpreise bereits durch Delegation, Compensation und Baarzahlung berichtigt gehabt habe. Hiernach sei die Entscheidung des Niedergerichts nicht gerechtfertigt. Dagegen stelle sich die Klage als angebrachtermaßen verwerflich dar, theils weil nach dem Wortlaut der beiden Verträge vom 23. März und 7. November 1867 die von Kroschwitz seit 1864 zum Ersatz verbrauchter Gegenstände oder überhaupt neu angeschafften Inventarstücke nicht mit verkauft und tradirt worden seien, und die Verpflichtung des Kroschwitz zu solchem Ersatz die Wirkung eines klägerischen Eigenthumserwerbs an den nachgeschafften Stücken in Ermangelung der erforderlichen Tradition nicht haben könne, sonach nur die ursprünglich verkauften Gegenstände vindicirt werden dürften, und Kläger anzugeben gehabt hätte, welche davon noch in der Masse vorgefunden worden seien, theils weil Kläger seit der Acte vom 5. December 1867 nicht mehr alleiniger Eigenthümer sei und daher nicht allein auf Auslieferung habe klagen können. Auf die Einwendungen gegen die Ordnungsmäßigkeit der Tradition u. s. w. brauche unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

Der Kläger beruhigte sich hierbei. Auf Appellation der Beklagten wurde

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 29. Mai 1869 die obergerichtliche Entscheidung in der Hauptsache bestätigt, der Kläger jedoch in die Kosten erster Instanz verurtheilt, aus folgenden Gründen.

Sowohl das Dasein der Appellationssumme, als die sonstige Zulässigkeit der Appellation konnte keinem Zweifel unterliegen; insbesondere ließ sich, bei der verschiedenen Art der Klagabweisung in den vorigen Instanzen, weder das Entgegenstehen von duae conformes, noch ein mangelndes rechtliches Interesse der Beklagten annehmen.

In der Sache selbst handelte es sich

I. soviel die auf Wiederherstellung des Niedergerichts-Erkenntnisses gerichtete Principalbeschwerde betrifft, da der Kläger sich bei der obergerichtlichen Entscheidung beruhigt hat, ausschließlich um die Frage, ob die sofortige definitive Abweisung der Klage gerechtfertigt sei, weil der Vertrag vom 7. November 1867 — zweite Acte in Anl. 1 — in Wahrheit keine käufliche Ueberlassung, sondern eine bloße Verpfändung des streitigen Theater-Inventars an den Kläger enthalte. Die beiden vorigen Instanzen sind übereinstimmend von der Ansicht ausgegangen, daß der zwischen dem Falliten Kroschwitz und C. Fr. Suck am 23. März 1867 abgeschlossene Contract, auf welchen der erwähnte der Klage zu Grunde liegende Vertrag vom 7. November 1867 Bezug nimmt, ungeachtet der auf einen Verkauf gerichteten Ausdrucksweise eine bloße Pfandbestellung enthalte. Ob diese Ansicht, welche nicht die Eigenschaft einer conformen Unterentscheidung hat, als richtig anzuerkennen sein würde, kann ganz dahin gestellt bleiben. Denn auch wenn man sich in dieser Beziehung auf den Standpunkt der vorigen Instanzen stellt, gelangt man für den Vertrag vom 7. November 1867 zur Verneinung der aufgeworfenen Frage. Es mußte nämlich den vom Obergericht hierfür geltend gemachten Gründen durchaus beigepflichtet werden; und da der Libell der Beklagten sich im Wesentlichen nur auf dort schon widerlegte Gesichtspunkte stützt, so bedarf es keiner neuen Ausführung. Wenn insbesondere die Beklagten die enge Zusammengehörigkeit und gleiche Ausdrucksweise der beiden Verträge vom 23. März und 7. November 1867 hervorheben, so braucht nur nochmals darauf hingewiesen zu werden, wie die wesentlich verschiedene Bestimmung des Kaufpreises, sowohl dem Betrage als den darin begriffenen Leistungen nach, dem zweiten zwischen andern Personen abgeschlossenen Vertrage auch sachlich einen ganz andern Charakter giebt, und wie in Verbindung damit auch das Weglassen des Motivs, es werde der Vertrag „zur Sicherheit für eine Forderung des Käufers" geschlossen, eine erhebliche Bedeutung gewinnt.

Ebenso berufen sich die Beklagten mit Unrecht auf den Vertrag vom 5. December 1867 und die Theilnahme des Falliten Kroschwitz an demselben. Denn diese Theilnahme war wegen des Verzichtes auf einen Theil des vom Kläger versprochenen Kaufpreises, gegen Befreiung des Falliten von zwei Schuldposten an F. G. Lummert und G. Th. Lummert, unentbehrlich. Abgesehen von dieser Schuld-Ausgleichung aber giebt der Inhalt des gedachten Vertrages nicht den mindesten Anlaß zu der Annahme, als würden bei der zwischen dem Kläger und den beiden Lummert vereinbarten Verfügung über das Theater-Inventar auch Rechte des Kroschwitz an demselben berührt, und als habe er dabei die Stellung eines Pfandschuldners. Schon deßhalb erscheint es unerheblich, wenn in diesem Vertrage von einer zuerst aus den Kaufobjecten zu befriedigenden „Forderung" des Klägers die Rede ist. Ohnehin aber stellt sich dieser Ausdruck als ein ungenau gebrauchter dar, indem er offenbar nicht bloß von der Forderung des Klägers an Kroschwitz, — der ursprünglichen, wie der durch Uebernahme der Sp.℔ 2225. an C. Fr. Suck hinzugekommenen — verstanden werden kann, sondern auch auf die im § 3 des Vertrages vom 7. November 1867 sub 3 bedungene Baarzahlung von 500 ℔ mitbezogen werden muß. Es waren also die sub 1, 2 und 3 dieses Paragraphen aufgeführten Leistungen des Klägers zusammen darunter gemeint, und für diesen Gesammtbetrag erscheint der Ausdruck „Forderung" allenfalls in dem Abrechnungsverhältniß zu den beiden Lummert, nicht aber dem Falliten Kroschwitz gegenüber, als ein erklärlicher.

War hiernach die Hauptbeschwerde verwerflich, so mußte dagegen

II. die eventuelle den Kostenpunkt betreffende Beschwerde als begründet erkannt werden. Denn die Abweisung einer Klage angebrachter Maßen zieht nicht weniger, als eine definitive, in der Regel die Kostenverurtheilung nach sich, und die Behauptung des Klägers, die Beklagten hätten durch ihre Vertheidigung Grund zu einer Ausnahme gegeben, indem

sie stets eine definitive Klagabweisung verlangt hätten, ist nach Ausweis der Verhandlungen erster Instanz unrichtig.

In dieser untergeordneten Abänderung der obergerichtlichen Entscheidung konnte jedoch kein Grund zu einer theilweisen Befreiung der Beklagten von den Kosten jetziger Instanz gefunden werden.

Lübeck. 52.

Strafsache wider **Johann Friedrich Wilhelm Stech** zu Sierksrade, **Johann Elias Ludwig Klempau** aus Crumesse und **Christian Heinrich Albert Kramer** aus Neustadt bei Magdeburg, Zolldefraudation betreffend.

---

1) Die Bestimmung, daß Lübeckische Advocaten bei Vertretung der im Freistaat Lübeck wohnhaften Parteien nicht nöthig haben, sich durch eine Vollmacht zu legitimiren (§ 48 des Gesetzes über die Gerichtsverfassung von 1860), ist in der Cassationsinstanz der Strafsachen nicht anwendbar.

2) Die Gerichte haben zu prüfen, ob eine von der höchsten Staatsbehörde verkündete Norm, auf deren Anwendung es in einem einzelnen Rechtsstreit ankommt, in verfassungsmäßiger Form erlassen sei, insbesondere auch, ob dazu die Zustimmung der Volksvertretung erforderlich gewesen sei. Daran wird auch in den Hansestädten nichts durch den Umstand geändert, daß für Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Senat und Bürgerschaft über Auslegung der Verfassung eine besondere Veranstaltung getroffen ist.

3) Ist bei Publication eines Gesetzes auf die von der Volksvertretung ertheilte Zustimmung Bezug genommen worden, so liegt eine weitere materielle Untersuchung über Richtigkeit und gehörige Beschaffenheit der bekundeten Zustimmung

außerhalb der gerichtlichen Competenz. Eine solche ausdrückliche Bezugnahme ist aber, sofern die Verfassung keine dahin gehende specielle Vorschrift enthält, nicht auch umgekehrt als unerläßliches formelles Erforderniß anzusehen, vielmehr ein anderweiter Beweis der erfolgten Zustimmung zulässig.

4) Der Senat zu Lübeck war zum Erlaß der Bekanntmachung vom 6. Januar 1868, wodurch neben den im deutschen Zollverein bestehenden Gesetzen auch das Preußische Zollstrafgesetz in den Lübeckischen Enclaven des Herzogthums Lauenburg eingeführt wurde, im Voraus durch den Rath- und Bürgerschluß vom 16. September 1867 ermächtigt.

Rechtsfall. Während die Lübeckischen Enclaven im Herzogthum Holstein schon am 11. September 1867 auf Grund früherer Staatsverträge mit der Krone Dänemark dem Preußischen Zollsystem einverleibt wurden, kam es in Bezug auf den Zollanschluß der übrigen Bestandtheile des Freistaates Lübeck (vergl. Art. 34 der Verfassung des norddeutschen Bundes), nach längeren commissarischen Vorberathungen, am 16. September 1867 zu folgendem auf Antrag des Senats von der Bürgerschaft gefaßten Beschluß:

> daß unter Wahrung und Geltendmachung der Modalitäten und Wünsche, wie solche in der Anlage zu dem Commissionsbericht vom 26. August ds. Js. näher aufgeführt sind, der Anschluß Lübecks an den Zollverein zu bewirken und in dieser Beziehung dem Senate das Weitere nunmehr zu überlassen ist.

In üblicher Weise wurde das Bürgerschaftsprotokoll von diesem Tage mit der nächsten Nummer der Lübeckischen Anzeigen als Beilage zum amtlichen Theile ausgegeben, und ebenso der Beschluß selbst zu Anfang des Monats October vom Senat unter den „vom Senat im Einvernehmen mit der Bürgerschaft gefaßten Beschlüssen" amtlich bekannt gemacht. Am 6. Januar 1868 nun erließ der Senat eine am folgenden Tage publicirte Bekanntmachung, worin erklärt wurde, daß die mittelst königl. Preußischer Verordnung vom

30. December 1867 für das Herzogthum Lauenburg verkündigten Zollgesetze, darunter das Preußische Zollstrafgesetz, gleichzeitig auch für die sämmtlichen Lübeckischen Enclaven in demselben, — zu denen u. a. das Dorf Sierksrade gehört — gesetzliche Anwendung fänden. In dieser Bekanntmachung war von einer Genehmigung der Bürgerschaft nichts erwähnt, vielmehr nur einleitend bemerkt worden, daß von Seiten des Bundescanzlers der mit dem 5. Januar vollzogene Anschluß des Herzogthums Lauenburg an den Zollverein angezeigt und auf Grund der Art. 33 und 40 der Verfassung des norddeutschen Bundes die Einziehung der Lübeckischen Enclaven in die Zolllinie nebst Ausdehnung der bezüglichen Verordnungen beantragt worden sei, und der Senat sich um so mehr veranlaßt gesehen habe, dem Antrage zu entsprechen, als der Anschluß durch die Verkehrsinteressen sämmtlicher Bewohner jener Gebietstheile bedingt werde. Am Schluß der Bekanntmachung hieß es, daß die hier eingeführten Preußischen Gesetze und Erlasse bei den Bauervögten der enclavirten Lübeckischen Dorfschaften eingesehen werden könnten. — Durch weitere Bekanntmachungen des Senates vom 25. Juli und 10. August 1868 ist sodann die Zollgesetzgebung vom 11. August an für den Freistaat Lübeck allgemein in Kraft gesetzt worden; in beiden Bekanntmachungen heißt es im Eingange: „In Ausführung des wegen des Anschlusses Lübecks an den Zollverein am 16. September 1867 gefaßten gemeinsamen Beschlusses des Senates und der Bürgerschaft." Das neben den übrigen Zollgesetzen verkündigte Zollstrafgesetz war aber ein für Lübeck besonders redigirtes, mit mehreren wenn auch untergeordneten Abweichungen von dem Preußischen, namentlich in Ansehung des Strafverfahrens. Der Entwurf dazu war auch vorher am 10. Juni dem Bürgerausschuß zur Begutachtung und am 15. Juni der Bürgerschaft zur Mitgenehmigung vorgelegt und an letzterem Tage von der Bürgerschaft angenommen worden. In der Proposition hatte der Senat bemerkt, die Preußischen Gesetze über Bestrafung der Zollvergehen, welche dem jetzt

proponirten Entwurfe zu Grunde lägen, „seien bereits für die Lübeckischen Enclaven in Holstein durch die Bekanntmachung vom 11. September 1867 und für die Lübeckischen Enclaven in Lauenburg durch die Bekanntmachung vom 6. Januar 1868 als geltend eingeführt." Der Schlußparagraph des so vereinbarten Zollstrafgesetzes (§ 60) lautet dahin:

„Die in dem Lübeckischen Freistaate, mit Ausschluß der dem Zoll- und Steuersystem Preußens angeschlossenen Enclaven in Holstein und Lauenburg, zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die Untersuchung und Bestrafung der Zollvergehen werden, insoweit in der gegenwärtigen Ordnung etwas anderes vorgeschrieben ist, hiedurch aufgehoben."

Am 13. Juli 1868 kaufte der Schmiedemeister Stech zu Sierksrade eine Quantität Waaren für 36 ℳ 4 ß in der noch außerhalb der Zollgrenze liegenden Stadt Lübeck ein, brachte sie zu Wagen nach Crumesse, wo er sie von dem im dortigen Wirthshaus dienenden Knecht Klempau heimlich aufbewahren ließ, und holte sie in der nächsten Nacht mit Hülfe seiner beiden Gesellen Scholz und Kramer ab, wobei ihnen Klempau den Feldweg bis Rondeshagen zeigte und dafür von Stech 1 ℳ Belohnung erhielt. Drei Wochen später machte der Geselle Kramer Anzeige der Schmuggelei bei der Zollbehörde. Mit Rücksicht auf die Bestimmung des Zollstrafgesetzes, wonach eine von drei oder mehr Personen gemeinschaftlich verübte Defraudation mit Freiheitsstrafe bedroht ist, wurde die Sache zur gerichtlichen Untersuchung abgegeben. Alle vier Betheiligte haben den Vorgang im Wesentlichen übereinstimmend eingeräumt und nur über die Anregung zur Begehung der That blieb eine Differenz, indem Stech und Scholz behaupteten, von Kramer zum Schmuggeln beredet worden zu sein, was dieser leugnete. In der mündlichen Hauptverhandlung traten jedoch die Vertheidiger mit dem Einwande auf, daß das Preußische Zollstrafgesetz, worauf die Staatsanwaltschaft ihre Strafanträge gegründet hatte, mittelst der Senatsbekanntmachung vom 6. Januar 1868

ohne Genehmigung der Bürgerschaft eingeführt, auch in Sierksrade nicht in genügender Weise publicirt worden sei. Diesen Einwand erachtete

1) das Stadt- und Landgericht

in seinem am 5. Januar 1869 eröffneten Erkenntniß für begründet und sprach die vier Angeschuldigten von der Anklage der Zolldefraude frei, mit folgender Motivirung. Durch den Rath- und Bürgerschluß vom 16. September 1867 sei dem Senat allein überlassen worden, auf dem Wege der Verhandlung die Modalitäten des Eintritts in den Zollverein im Einzelnen festzustellen. Danach habe der Senat allein von dem durch Art. 34 der norddeutschen Bundesverfassung den Hansestädten gewährten Rechte zum Eintritt Gebrauch machen dürfen, und die Bürgerschaft nicht weiter zu fragen gebraucht, wenn es ihm nicht habe gelingen wollen, eine der damals bezeichneten Modalitäten und Wünsche zu erreichen. Die Bekanntmachung vom 6. Januar 1868, insofern sie den Zollanschluß der Lübeckischen Enclaven in Lauenburg verordnet habe, sei also eine berechtigte gewesen. Es habe dem Senat aber nicht auch das Recht zugestanden, einseitig den Einwohnern der Enclaven das Zollstrafgesetz des Königreichs Preußen zu octroyiren, da nach § 51 sub III. der Lübeckischen Verfassungsurkunde vom 29. December 1851 zur Erlassung von Gesetzen die Mitgenehmigung der Bürgerschaft erforderlich sei. Der Rath- und Bürgerschluß vom 16. September 1867 enthalte nur eine ganz allgemeine Bestimmung und ebenso die norddeutsche Bundesverfassung Art. 34 u. 40 nur allgemeine Sätze, deren Ausführung im Einzelnen nur im Wege der Gesetzgebung möglich gewesen sei. Und die Zollvereinsverträge von 1865 und 1867 sprächen nur von den zur Anwendung zu bringenden Grundsätzen des Zollstrafgesetzes, im Gegensatz zu den unverändert in Anwendung zu bringenden anderen Gesetzen. Der Senat hätte daher der Bürgerschaft ein nach den „vereinbarten Grundsätzen" ausgearbeitetes Zollstrafgesetz zur Genehmigung vorlegen müssen, und sei nicht berechtigt gewesen, einseitig für einen Theil der

Lübeckischen Staatsangehörigen, wenn auch nur provisorisch, ein Zollstrafgesetzbuch zu erlassen. Dafür spreche der vom Senate selbst am 15. Juni 1868 bei der Bürgerschaft gestellte Antrag, ein Zollstrafgesetz unter Beachtung der im Zollverein dafür vereinbarten Grundsätze zu erlassen. Durch Berathung und Feststellung des hier vorgelegten Entwurfes hätten Senat und Bürgerschaft gezeigt, daß sie dies Vorgehen im Wege der Particulargesetzgebung nicht als Eingriff in die norddeutsche Bundesverfassung und in die Zollverträge betrachtet hätten, vielmehr der Ansicht gewesen seien, daß der Erlaß eines Zollstrafgesetzes einzig und allein durch Senat und Bürgerschaft Gesetzeskraft habe erlangen können. Die einseitige Bekanntmachung des Senates dürfe daher vom Gerichte nicht zur Grundlage einer strafrechtlichen Entscheidung genommen werden.

Vergl. Seuffert, Archiv IV. 250, V. 225.

Fehle es sonach an einem Gesetze im rechtlichen Sinne, so brauche nicht noch auf die Frage, ob das am 6. Januar 1868 eingeführte Zollstrafgesetz als rite promulgirt zu betrachten sei, eingegangen zu werden.

Der Staatsanwalt appellirte und berief sich darauf, daß der Senat zu der Bekanntmachung vom 6. Januar 1868 im Voraus durch den Rath- und Bürgerschluß vom 16. September 1867 ermächtigt gewesen, die Einführung des Preußischen Zollstrafgesetzes in den Lauenburgischen Enclaven aber auch von der Bürgerschaft am 15. Juni 1868 durch Genehmigung des am 25. Juli publicirten Zollstrafgesetzes als gültig anerkannt worden sei. Zur Unterstützung dieser letzteren Behauptung brachte er die oben erwähnten Anträge des Senats an den Bürgerausschuß vom 10. Juni und an die Bürgerschaft vom 15. Juni 1868 in einem Exemplare bei. In der obergerichtlichen Verhandlung wurde noch auf einen von der Vertheidigung gestellten Antrag der Bauervogt von Sierksrade eidlich darüber vernommen, in welcher Weise die ihm von dem Landamte zu Lübeck übersandte Senats-Bekanntmachung vom 6. Januar 1868 und die ihm vom

Preußischen Zollaufseher zugestellten Zollgesetze, mit Einschluß des Preußischen Zollstrafgesetzes, zur Kunde der Einwohner seines Dorfes gebracht worden seien.

2) Das Obergericht

hob hierauf mittelst Erkenntnisses vom 17. Februar 1869 die Entscheidung des Stadt- und Landgerichts auf und verurtheilte den Anträgen des Staatsanwalts gemäß sämmtliche Angeschuldigte in eine dem vierfachen Betrage der vorenthaltenen Abgabe gleichkommende Geldbuße und in eine bei Kramer auf 6 Wochen, bei den Uebrigen auf 4 Wochen bemessene Gefängnißstrafe, den Angeschuldigten Stech außerdem zur Zahlung der vorenthaltenen Abgabe und des Werths der zollpflichtigen Waaren. In den Gründen wurde zunächst unter Bezugnahme auf Zachariä's Staatsrecht constatirt, daß es den Gerichten zukomme, zu prüfen und zu entscheiden, ob Verordnungen, um deren Anwendung es sich in einem gegebenen Falle handle, in verfassungsmäßiger Form erlassen seien, und sodann Folgendes bemerkt. Wenngleich manche Gründe für die vom Staatsanwalt vertretene Ansicht sprächen, daß der Senat schon auf Grund des Rath- und Bürgerschlusses vom 16. September 1867 zu der in der Bekanntmachung vom 6. Januar 1868 verfügten Einführung des Preußischen Zollstrafgesetzes für die Enclaven in Lauenburg befugt gewesen sei, so ständen doch andererseits derselben nicht unerhebliche Bedenken entgegen, besonders im Hinblick auf Art. 3 § 7 des Zollvereinsvertrages vom 8. Juli 1867, wonach die vertragenden Theile in Betreff des Zollstrafgesetzes sich nur dahin verpflichtet hätten, die dieserhalb zwischen ihnen vereinbarten Grundsätze zur Anwendung zu bringen; wie denn der Senat auch das am 15. Juni 1868 der Bürgerschaft vorgelegte Zollstrafgesetz zu deren Mitgenehmigung verstellt habe. Durch die Ertheilung eben dieser Genehmigung erschienen indessen jene Bedenken völlig gehoben. Da nämlich im § 60 des genehmigten und am 25. Juli 1868 publicirten Zollstrafgesetzes ausdrücklich ausgesprochen sei, daß die dem Zoll- und Steuersystem Preußens ange-

schlossenen Enclaven in Holstein und Lauenburg ausgeschlossen seien, und der Senat überdies in seinem Antrag an die Bürgerschaft ausdrücklich darauf hingewiesen habe, daß die bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen für die Enclaven in Lauenburg bereits durch die Bekanntmachung vom 6. Januar als geltend eingeführt seien, so sei durch jene Genehmigung jeder gegen diese Bekanntmachung wegen Mangels bürgerschaftlicher Zustimmung erhobene Einwand beseitigt, möge nun der Beschluß der Bürgerschaft vom 15. Juni 1868 als eine Auslegung ihrer Meinung über die Tragweite des Rath- und Bürgerschlusses vom 16. September 1867 aufgefaßt werden, oder möge darin eine nachträglich von der Bürgerschaft ertheilte Zustimmung erblickt werden, indem auch letztere jedenfalls der hier fraglichen Defraudation vorhergegangen sei. Was sodann die Art der Publication in Sierksrade betreffe, so habe der Bauervogt nach seiner eidlichen Aussage die im Amtsblatt erschienene Senatsbekanntmachung vom 6. Januar 1868 erhalten und den Gemeindemitgliedern vorlesen lassen. Am Schlusse der Bekanntmachung werde bemerkt, daß die daselbst bezeichneten 10 Erlasse (die Preußischen Zollgesetze für Lauenburg) bei den Bauervögten eingesehen werden könnten. Obschon nun der vernommene Bauervogt sich nicht erinnere, ob ihm von Lübeck aus außer der fraglichen Bekanntmachung auch die gedachten Erlasse zugestellt seien, so dürfe doch einerseits angenommen werden, daß dies geschehen sei, während andererseits das von ihm überreichte, nach seiner Angabe von dem Zollaufseher ihm gebrachte Buch ergebe, daß in diesem sämmtliche 10 Erlasse, insbesondere auch das Zollstrafgesetz, enthalten seien. Hiernach und da besondere gesetzliche Bestimmungen über die Erforderniße einer gehörigen Publication für den Lübeckischen Freistaat nicht beständen, namentlich die von der Vertheidigung angezogene, nur vom Senat ausgegangene Bekanntmachung vom 25. März 1854 lediglich die Errichtung des Amtsblattes betreffe, auch keineswegs einen wörtlichen und vollständigen Abdruck aller Gesetze im Amtsblatte als unum-

gängliches Erforderniß einer Publication aufstelle, habe man dafür halten müssen, daß die Publication des Zollstrafgesetzes für die Dorfschaft Sierksrade in genügender Weise beschafft sei, zumal die Dorfseingesessenen sofort und ohne Schwierigkeit im Stande gewesen seien, von den Vorschriften des gedachten Gesetzes Kenntniß zu nehmen.

Auf die von den Angeschuldigten ergriffene Nichtigkeitsbeschwerde erließ

3) das Ober-Appellations-Gericht

zunächst am 6. April 1869 ein Vorerkenntniß wegen der Formalien, worin das Rechtsmittel des Angeschuldigten Scholz für desert erklärt, Kramer wegen verspäteter Einlegung restituirt und Klempau bei Vermeidung der Desertion angewiesen wurde, seinen Anwalt Dr. Crome binnen 14 Tagen noch mit Vollmacht zu versehen; letzteres weil der § 48 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 17. December 1860 in der Cassationsinstanz der Strafsachen nach § 8 der die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts in Strafsachen betreffenden Bekanntmachung vom 9. September 1865 nicht für anwendbar erachtet werden könne. Nach Erledigung dieser Auflage wurde sodann die Nichtigkeitsbeschwerde durch Urtheil vom 8. Juni 1869 als unbegründet verworfen, unter Vorausschickung folgender Erwägungsgründe:

daß die Förmlichkeiten der von den drei Angeschuldigten verfolgten Nichtigkeitsbeschwerde, nachdem der Angeschuldigte Klempau der ihm in dem Urtheil vom 6. April ds. Js. gemachten Auflage entsprochen hat, keinem weiteren Anstande unterliegen, den Gegenstand der Beurtheilung aber lediglich die beiden Behauptungen bilden, womit die durch Bekanntmachung des Senates vom 6. Januar 1868 verfügte Einführung des Preußischen Zollstrafgesetzes in den Lübeckischen Enclaven des Herzogthums Lauenburg als unverbindlich angefochten wird, nämlich:

diese Einführung sei vom Senat ohne Zustimmung der Bürgerschaft erfolgt,

und

das gedachte Zollstrafgesetz sei für die Dorfschaft Siercksrade nicht ordnungsmäßig publicirt worden;

indem diese beiden Punkte von Seiten der Angeschuldigten Stech und Klempau ausdrücklich als die von ihnen geltend gemachten Richtigkeitsgründe bezeichnet und in grav. 1 der für den Angeschuldigten Kramer eingereichten Beschwerde-Aufstellung genügend angedeutet worden sind, wogegen die ohne Angabe eines gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes als bloße Appellationsbeschwerden formulirten grav. 2 und 3 derselben Schrift, nach § 15 der die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts in Strafsachen betreffenden Bekanntmachung vom 14. September 1865, unberücksichtigt bleiben müssen;

zur Sache selbst, und zwar

I. den ersten jener beiden Anfechtungsgründe anlangend,

daß die Gerichte ebenso befugt wie verpflichtet sind zu prüfen, ob eine von der höchsten Staatsbehörde ausgegangene Verfügung, deren Anwendung auf einen zu entscheidenden einzelnen Rechtsstreit in Anspruch genommen wird, in verfassungsmäßiger Form erlassen sei, zu dieser Prüfung aber in Staaten, nach deren Verfassung für gewisse Kategorieen allgemein verbindlicher Normen die Zustimmung der ständischen oder Volks-Vertretung erfordert wird, auch die Frage gerechnet werden muß, ob die Verfügung, welche zur Anwendung kommen soll, unter diese Kategorie gehöre oder nicht;

daß die Erstreckung des richterlichen Prüfungsrechtes auf diese letztere Frage freilich bestritten ist, indessen, wo nicht eine abweichende positive Vorschrift besteht, aus Zweck und Bedeutung der bezeichneten Verfassungsbestimmungen, und so auch des § 51 sub III. der Lübeckischen Verfassung vom 29. December 1851, gefolgert werden muß, die überwiegende Ansicht in der deutschen Rechtswissenschaft für sich hat und vom Ober-Appellations-Gericht bereits früher bei Entscheidung einer Lübeckischen und einer Bremischen Rechtssache zu Grunde gelegt worden ist,

Lüb. Warncke u. Commercirende Collegien c. Amt der Zinngießer. Januar 1829.

Brem. Tischleramt c. Zahn. Januar 1835,*)

auch die von einem neueren Vertheidiger der entgegengesetzten Ansicht gemachte Bemerkung, jenes Prüfungsrecht sei in Bremen und Lübeck, wenn es früher bestanden haben sollte, durch die besondere Veranstaltung, welche zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen Senat und Bürgerschaft über Auslegung der Verfassung getroffen worden sei, für beseitigt zu halten,

H. R. Martin, die Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Verordnungen gegenüber dem Erfordernisse landständischer Zustimmung zum Erlasse von Gesetzen. Cassel 1866. S. 97 f. (Not. 56),

sich als eine irrige darstellt, weil eine solche Veranstaltung weder mit jener Function des richterlichen Amtes unvereinbar ist noch auch dieselbe entbehrlich zu machen vermag;

daß es da, wo Verfassungsbestimmungen der oben bezeichneten Art bestehen, allgemein üblich ist, bei Publication eines Gesetzes auf die demselben ertheilte Zustimmung der Volksvertretung ausdrücklich Bezug zu nehmen, und eine solche Bekundung zur bindenden Constatirung dieses Umstandes genügen muß, indem es einen Ausfluß des dem Träger der vollziehenden Gewalt, in den freien Hansestädten dem Senate,

vergl. Lüb. Feldmann c. Finanz-Departement. September 1837. (Bruhn, Samml. Bd. 2 S. 147 f.),

zustehenden Promulgationsrechtes bildet, die Thatsache der Wahrung der verfassungsmäßigen Formen eines Gesetzes allgemein gültig zu beglaubigen, weßhalb, wo dies geschehen, eine materielle Untersuchung über die Richtigkeit und gehörige Beschaffenheit der bekundeten Zustimmung nicht weiter zur gerichtlichen Competenz gehört;

vergl. K. Sal. Zachariä im Archiv f. civil. Prax. Bd. 16 S. 181 f.,

Pfeiffer, prakt. Ausf. Bd. 5 S. 542—556,

Chr. Martin, Vorles. Bd. 1. S. 387,

---

*) Vergl. Seuffert, Archiv Bd. 4 № 250.

vgl: H. A. Zachariä, deutsch. Staatsr. 2. Aufl. Th. II. S. 243-245,

daß andererseits eine solche mit der Publication des Gesetzes selbst verbundene Bekundung sofern die Verfassung keine dahin gehende specielle Vorschrift enthält, nicht als unerläßliches formelles Erforderniß anzusehen ist, vielmehr die Zustimmung der Volksvertretung nöthigenfalls auch anderweit nachgewiesen werden kann;

daß nun im vorliegenden Falle die Bürgerschaft, wie unbestritten ist, am 16. September 1867 dem Senatsantrage,

daß unter Wahrung und Geltendmachung der daselbst näher bezeichneten Modalitäten und Wünsche der Anschluß Lübecks an den Zollverein zu bewirken und in dieser Beziehung dem Senate das Weitere nunmehr zu überlassen sei,

ihre Mitgenehmigung ertheilt hat, und nicht nur das Protokoll über diese Bürgerschaftsverhandlung als Beilage zum amtlichen Theile der Lübeckischen Anzeigen (№ 219 von 1867) ausgegeben, sondern auch das bemerkte Ergebniß vom Senat am 3. des folgenden Monats ebenfalls in den Lübeckischen Anzeigen (№ 233 von 1867) als von ihm im Einvernehmen mit der Bürgerschaft gefaßter Beschluß amtlich verkündigt worden ist;

daß der Wortlaut des so publicirten Beschlusses nicht anders verstanden werden konnte, als daß dem Senate, soweit es ihm nicht gelingen würde, die im Protokoll vom 16. September speciell bezeichneten Modalitäten und Wünsche zur Geltung zu bringen, ohne irgend einen sonstigen Vorbehalt überlassen bleiben sollte, alle die gesetzlichen und administrativen Anordnungen festzustellen, welche er mit der zweckmäßigsten Art des Zollanschlusses als nothwendig zu verbindende erkennen würde, und daß sonach die Bürgerschaft den vom Senat in dieser Beziehung zu treffenden Anordnungen, mochten die Zollvereinsverträge dabei mehr oder weniger die Möglichkeit von einzelnen Modificationen gewähren, im Voraus ihre Mitgenehmigung ertheilt habe;

daß hiergegen aus dem Umstande, daß der Senat vor Einführung der Zollgesetze in den Hauptbestandtheilen des

Lübeckischen Freistaates sich veranlaßt gesehen hat, im Juni 1868 den Entwurf eines Zollstrafgesetzes der Bürgerschaft erst noch zur Mitgenehmigung vorzulegen, während er für die Enclaven im Lauenburgischen die einfache Reception des für das Herzogthum Lauenburg erlassenen Preußischen Zollstrafgesetzes geboten erachtete, um so weniger ein Bedenken hergenommen werden kann, als der Senat auch bei Verkündigung der Zollgesetze für den Lübeckischen Freistaat in den Bekanntmachungen vom 25. Juli und 8. August 1868 (№ 46 und 51 der Verordnungen von 1868) nicht auf die specielle bürgerschaftliche Genehmigung des Zollstrafgesetzes, sondern lediglich auf den gemeinsamen Beschluß vom 16. September 1867 Bezug genommen hat;

daß die Frage, ob der amtlichen Verkündigung des Rath- und Bürgerschlusses vom 16. September 1867 in den Lübeckischen Anzeigen die gleiche formelle Bedeutung, wie der mit Publication eines Gesetzes selbst verbundenen Bezugnahme auf die Zustimmung der Bürgerschaft, beizulegen sein möchte, dahin gestellt bleiben kann, da jedenfalls der Inhalt des Bürgerschafts-Protokolles vom 16. September 1867, mit Rücksicht auf den hervorgehobenen Wortlaut des Beschlusses, sowie die ihn noch klarer stellende vorgängige Ablehnung der Amendements von Weber und Lienau, und in Ermangelung irgend welcher erheblicher Umstände, welche eine beschränktere Auslegung des bekundeten gemeinsamen Beschlusses zu begründen geeignet wären, den vollen Nachweis der dem Senat im obigen Sinne ertheilten Ermächtigung liefert, wozu auch noch die am 15. Juni 1868 von Seiten der Bürgerschaft erklärte Zustimmung zu § 60 des am 25. Juli 1868 publicirten Zollstrafgesetzes, verglichen mit den von der Staatsanwaltschaft beigebrachten Anträgen des Senats an den Bürgerausschuß und die Bürgerschaft vom 10. und 15. Juni, bestätigend hinzukommt, indem danach nicht wohl bezweifelt werden kann, daß die Senats-Bekanntmachung vom 6. Januar 1868 von der Bürgerschaft als in der voraus ertheilten Ermächtigung begriffen anerkannt wurde;

II. soviel sodann den zweiten der obigen Anfechtungsgründe betrifft,

daß die Ausführung des Obergerichts über diesen Punkt eine durchaus zutreffende, mit früheren Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts in Einklang stehende ist,

Lüb. Feldmann c. Finanz-Departement. Juni 1835 u. Septbr. 1837 (Bruhn, Samml. Bd. 2. S. 141 f., S. 147 f.),

und in dem, was die Vertheidigung dagegen vorgebracht hat, so wenig eine Widerlegung derselben gefunden werden kann, daß es einer weiteren Ergänzung nicht bedarf.

---

53. Hamburg.

A. F. G. Damm zu Hamburg, Kläger, wider J. D. Berger daselbst, Beklagten, Injurien betreffend.

Durch Obergerichts-Erkenntniß vom 9. Februar 1869 war ein Erkenntniß der zweiten Prätur vom 12. November 1868 aufgehoben und der Kläger mit der angestellten Klage angebrachtermaßen abgewiesen, und diese Aufhebung in nachstehender Weise motivirt worden:

daß zwar die Zulässigkeit einer ästimatorischen Injurienklage abseiten eines Ehemannes gegen Denjenigen, der sich eines Ehebruchs mit seiner Ehefrau schuldig gemacht, nach hiesiger, in mehrfachen conformen Entscheidungen des Niedergerichts, resp. der Präturen und des Obergerichts anerkannter Praxis feststehe:

vergl. Obergerichts-Decret vom 11. März 1865 in S. Pechmann w. Michels, und die in diesem Decrete angeführten Entscheidungen (Gerichts-Zeitung 1865 Pag. 96) und Obergerichtliches Decret vom 1. October 1868 in S. Behrens w. Behnke,

daß jedoch die Zulässigkeit einer solchen Injurienklage dadurch bedingt werde, daß der Dritte wußte, daß das Frauenzimmer, mit dem er sich einließ, eine Ehefrau sei, und die desfallsige Behauptung zum Klaggrunde gehöre; daß nun in der gegen

den Beklagten angestellten Klage nicht behauptet werde, daß der Beklagte gewußt habe, daß das von ihm als Haushälterin engagirte Frauenzimmer, mit welchem derselbe concumbirt haben solle, annoch die Ehefrau eines anderen Mannes sei; daß sich demnach die angestellte Klage als unschlüssig darstelle und somit die contumatia des Beklagten eine Verurtheilung desselben nicht zur Folge haben könne.

Dieses Erkenntniß ward durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 12. Juni 1869 bestätiget und zwar in Erwägung:

daß die Unbekanntschaft mit dem Umstande, daß der Beischlaf mit einer verheiratheten Frau vollzogen sei, nicht als Behauptung eines Irrthums in den Eigenschaften einer Person und mithin als Einrede der erhobenen Klage gegenüber aufgefaßt werden darf, indem weder eine rechtliche Vermuthung dafür spricht, daß bei dem Eingehen eines Dienstverhältnisses der vorliegenden Art der Dienstherr mit dem Umstande, ob die Haushälterin verheirathet oder unverheirathet sei, bekannt sein müsse, noch andererseits der Ansicht beigetreten werden konnte, daß eine Person, welche eine unerlaubte Handlung der vorliegenden Art sich zu Schulden kommen läßt, ohne Weiteres in deren mögliche Rechtsfolgen bis dahin willigt, daß sie den Nachweis liefert, eine bestimmte Rechtsfolge könne für sie nicht eintreten, weil ihr die betreffende Kenntniß gefehlt habe; vielmehr mit dem Obergerichte

arg. l. 3 § 2, l. 18 §§ 4, 5 D. de injur. 47, 10,

angenommen werden mußte, daß die Bekanntschaft mit der Eigenschaft der Concumbentin als einer verheiratheten Frau einen Theil des Klagfundamentes bilde und mithin die betreffende Behauptung in der Klagschrift nicht entbehrt werden könne; nun aber sich zwar nicht in Abrede stellen läßt, daß die in derselben vorkommenden Ausdrücke „sehr intimes Verhältniß“ und „sträflicher Umgang“ in Verbindung mit der Klagbitte auf eine derartige Wissenschaft bezogen werden können, so daß deren sachgemäße Erläuterung in der Replik sich

als zulässig herausstellen würde; diese Ausdrücke jedoch nicht für so unzweideutig zu erachten waren, um auf jene Wissenschaft bezogen werden zu müssen, indem Kläger dadurch auch nur objectiv die Untreue seiner Frau bezeichnet haben kann; die Ungehorsams-Strafe des Eingeständnisses aber nie weiter realisirt werden darf, als klare Behauptungen in Frage stehen;

und es hiernach eines Eingehens auf das rechtliche Fundament der Klage nicht bedurfte.

---

54. Hamburg.

Dr. Isaac Wolffson zu Hamburg, Kläger, wider **Otte & Becker** daselbst, modo dieselben in Liquidation, wegen Wechselforderung.

Ob der an sich richtige Grundsatz, daß im Wechsel- und Executivproceß die Originalien der Beweismittel vorgelegt werden müssen, damit die Gegenpartei in den Stand gesetzt werde, deren Aechtheit zu prüfen, ausnahmslos gelte, und ob nicht etwa dann eine Ausnahme zu statuiren sei, wenn ein Beweismittel vom Gericht selbst veranlaßt ist und über dessen Aechtheit kein Zweifel obwalten kann, mußte vom Ober-Appellations-Gericht aus processualischen Gründen unentschieden gelassen werden.

Rechtsfall. Die vorliegende Sache, deren factische Grundlage mit derjenigen in den sub № 46, 47 abgedruckten Rechtsfällen völlig gleich ist, hat durch die abweichende Behandlung, welche ihr in den vorderen Instanzen zu Theil geworden ist, in dritter Instanz eine andere Wendung genommen, indem in letzterer wegen des Princips der duae conformes nur gegen die Nichtberücksichtigung einer vor dem Obergerichte zuerst aufgestellten Nichtigkeitsbeschwerde Appel-

lation ergriffen werden konnte. Auch in dieser Sache war von der in Liquidation getretenen Firma auf die angestellte Wechselklage hauptsächlich der Einwand erhoben, daß, wenn etwa der Mitinhaber Becker das Accept geleistet haben sollte — daß Otte dies gethan, ward geleugnet —, derselbe sich wegen Geisteskrankheit in unzurechnungsfähigem Zustand befunden habe, und neben Production von ärztlichen Attesten von dem Beklagten auch Bezug genommen auf eine beigebrachte Abschrift eines in einem anderen Processe ergangenen Physicatsgutachtens, das sich angeblich im Gewahrsam des Handelsgerichtes befinde. Von Seiten des Klägers ward principaliter bei nicht geleugneter Unterschrift des Becker um Verurtheilung gebeten, indem man sich auf die weder rechtlich begründete, noch liquide gemachte Einrede wegen der dementia nicht einlassen zu wollen erklärte, da die zur Begründung derselben beigebrachten Documente nach Form und Inhalt ungeeignet seien, die im Wechselproceß erforderliche Liquidität herzustellen. Eventuell ward gebeten, die Documente zur klägerischen Prüfung vorerst im Original vorlegen zu lassen.

Vom Handelsgericht ward darauf am 22. Februar 1869 erkannt, Kläger habe zu beweisen, daß „das Accept auf dem eingeklagten Wechsel von Otte, oder von Jemandem in seinem Auftrag, oder mit seiner Genehmigung oder mit seinem Wissen geschrieben sei."

Rechtsgeschäfte, welche von Jemandem eingegangen seien, der in dem Maße geisteskrank, daß er als handlungsunfähig angesehen werden müsse, wären ipso iure nichtig, und es könne somit durch die Acceptleistung eines solchen Geisteskranken die Firma nicht obligirt werden, dieselbe möge aus dem Geisteskranken allein oder aus mehreren Personen bestehen. Es handle sich also nur um die Frage, ob die fragliche deßfalls vorgeschützte Einrede factisch begründet und liquide sei. Nun habe aber das Gericht ex officio (in einem anderen Processe gegen die Beklagten) ein Physicatsgutachten darüber eingezogen, ob eine dauernde Geisteskrankheit

des Becker von Anfang Februar vorigen Jahres an mit Sicherheit anzunehmen sei, und da das mit Entschiedenheit in dem Gutachten bejaht werde, so sei der Einwand factisch begründet und liquide, da die Beklagten „auf dies — wenn auch augenblicklich nur in concordirter Abschrift — im Gewahrsam des Gerichts befindliche Gutachten sich berufen hätten." Es komme daher in Bezug auf das vorliegende Accept auf die Willensäußerung des Becker nicht, sondern nur auf diejenige des Otte an.

Gegen dies Erkenntniß des Handelsgerichts wandte der Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde und Appellation ein. Erstere gestützt darauf, daß über eine Einrede erkannt sei, auf welche er, Kläger, sich noch gar nicht eingelassen habe. Das Obergericht verwarf indessen sowohl die Appellation als auch die Nichtigkeitsbeschwerde und bestätigte das vorige Urtheil am 2. April 1869. Ausweise des Protokolls über die Verhandlung in erster Instanz habe der Kläger seine Erklärung, daß er die Einrede der Unzurechnungsfähigkeit des Becker nicht für juristisch begründet und nicht für factisch nachgewiesen erachte, in ausführlicher Deduction zu rechtfertigen gesucht. Darnach sei aber seine Protestation, sich auf diese Einrede nicht einlassen zu wollen, entweder, weil facto contraria, nicht zu beachten, oder nur dahin aufzufassen, daß nach seiner, des Klägers, Ansicht die Einrede nicht so gewichtig sei, daß ihr durch eigentliche Repliken begegnet werden müsse. Fasse man die Protestation in dem letzteren Sinne auf, so verstehe es sich von selbst, daß etwaige die Elidirung der Einrede bezweckende, aber nicht vorgebrachte Repliken auch vom Gerichte nicht berücksichtigt werden könnten.

Nunmehr ergriff der Kläger die Appellation an die dritte Instanz, weil das Obergericht auf seine bei demselben angebrachte Nichtigkeitsbeschwerde nicht eingegangen sei; vom Ober-Appellations-Gericht ward jedoch das angefochtene Erkenntniß unter dem 12. Juni 1869 lediglich bestätigt aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Der anher ergriffenen Appellation war um deßwillen nicht zu entsprechen, weil in dem Erkenntniß des Handelsgerichts ein Verstoß wider das gerichtliche Verfahren — eine Versagung des rechtlichen Gehörs — nicht gefunden werden konnte. Denn der Kläger irrt, wenn er glaubt, berechtigt zu sein, seine Einlassung zu suspendiren und dadurch die Entscheidung der Sache aufhalten zu können. Von einer Einlassung, wie sie im ordentlichen Verfahren vorkommt, ist im Executiv- und Wechselproceß überhaupt nicht die Rede. An deren Stelle tritt die Anfechtung der über die erheblichen Thatsachen producirten Beweismittel, beziehungsweise die Vorführung anderweiter Beweismittel zum Zweck des directen Gegenbeweises. Wenn diese Beweismittel zur Agnition oder, soweit Privaturkunden in Frage stehen, zur Recognition oder eidlichen Diffession vorgelegt werden, so geschieht das nicht zu dem Zweck, um sich darauf einzulassen, sondern zu dem, um sie durch Einwendungen in ihrer beweisenden Kraft zu vernichten. Daraus aber ergiebt sich von selbst, daß der in der vorigen Instanz gestellte Antrag, das Handelsgerichtserkenntniß für nichtig zu erklären, als unbegründet verworfen werden mußte. Denn dieser Antrag ist lediglich damit begründet, daß das Handelsgericht über eine Frage erkannt habe, in Bezug auf welche die Parteien vor ihm in den Streit nicht eingetreten seien, indem Kläger sich darauf, in wieweit die behauptete Dispositionsunfähigkeit des Becker zur Zeit des in Rede stehenden Wechselacceptes vorhanden gewesen sei, überall nicht eingelassen habe; also erkannt habe über eine Frage, welche seiner Jurisdiction überall nicht unterbreitet sei. Allein in dem Nichtvorhandensein der Streiteinlassung ist im Executiv- und Wechselproceß dem Obigen zufolge ein Nichtigkeitsgrund nicht zu finden. Da nun in dem Gesammtinhalt der bei dem Obergericht eingereichten Nichtigkeitsbeschwerde und eventuellen Appellation ein anderweiter Nichtigkeitsgrund nicht geltend gemacht ist, indem die fernere Ausführung sich ausschließlich mit der Rechtfertigung

der Appellationsbeschwerde beschäftigt, und da eine etwaige nachträgliche Aufstellung von Nichtigkeitsgründen in gegenwärtiger Instanz formell unzulässig sein würde, so ergiebt sich daraus die Bestätigung des vorigen Erkenntnisses von selbst. Denn wenn in gegenwärtiger Instanz theils eine Berichtigung der in dem Protokoll des Handelsgerichts vorkommenden Ausdrucksweise „factisch unbegründet" statt „factisch illiquide" vorgenommen, und sodann eine Widerlegung der beiden von dem Obergerichte für seine Verwerfung der Nichtigkeitsbeschwerde aufgestellten Gründe vorgetragen wird, so haben diese Ausführungen für den in voriger Instanz geltend gemachten Nichtigkeitsgrund keine Bedeutung, da Ersteres ohnehin selbstverständlich ist, und die Richtigkeit einer Entscheidung durch die ihrer Gründe nicht nothwendig bedingt wird. Wenn er aber ferner entwickelt, das in Rede stehende Physicatsgutachten, auf dessen Inhalt die Entscheidung des Handelsgerichts ausschließlich basirt ist, sei ebensowenig geeignet, die in Rede stehende Einrede liquide zu stellen, wie die Gutachten der Doctoren Doerger und Reye, deren wissenschaftliche Anschauungen es bestätigt, so würde der darin gefundene Nichtigkeitsgrund, wenn er in voriger Instanz aufgestellt wäre, dem bestehenden Recht zufolge haben verworfen werden müssen, weil er aus dem Inhalt des ersten Erkenntnisses entnommen ist. Wenn der Kläger aber schließlich auf das bereits in erster Instanz eventuell gestellte Verlangen, daß ihm die Urkunden, durch welche die Einrede liquide gestellt werden sollte, im Original vorgelegt würden, zurückkommt, so läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß es ein Recht beider Parteien ist, im Executiv- wie im Wechselproceß die Originalien der Beweismittel vorgelegt zu erhalten, durch welche die Klage wie die Einreden liquide gestellt werden sollen, weil ihnen das Recht, deren Echtheit zu prüfen, nicht verkümmert werden darf. Ob aber diese Regel ausnahmslos gelte, und ob nicht wenigstens dann eine Ausnahme gemacht werden dürfe, wenn das Beweismittel von dem Gerichte selbst veranlaßt ward, und über dessen

Echtheit kein Zweifel obwalten kann, darüber war allhier nicht zu entscheiden, weil, wie bemerkt, eine Versagung des rechtlichen Gehörs aus dem Grunde, daß erkannt sei, ohne daß zuvor, wie in erster Instanz allerdings beantragt worden, die Originalien der Beweisurkunden vorgelegt wären, in zweiter Instanz als Nichtigkeitsgrund nicht geltend gemacht ist.

Hamburg. 55.

Untersuchungssache wider **Eduard Klaws** zu Hamburg, wegen Amtsbeleidigung, jetzt Recusation des Obergerichts betreffend.

Das in einer Sache wegen darin erlittenen Unrechts begründete Recusationsrecht kann nicht ohne Weiteres auf andere Rechtssachen derselben Partei ausgedehnt werden.

Rechtsfall. Ed. Klaws, der bei Gelegenheit der verschiedenen gerichtlichen Verhandlungen wegen der streitigen Vormundschaft über den minderjährigen C. A. Bahre wiederholt Recusationsgesuche gegen das Obergericht angebracht hatte, von denen zwei durch die Ober-Appellations-Gerichtsurtheile vom 23. November 1865 und vom 19. Mai 1868 für begründet erkannt wurden (s. № 85 des Jahrgangs 1865 und № 40 des Jahrganges 1868), richtete im October 1868 auf Anlaß eines von seinem Vater mit der Schuhmachercorporation wegen Räumung eines gemietheten Locales geführten Processes einen beleidigenden Brief an den proceßleitenden Richter und wurde auf dessen Antrag vom Obergericht durch Erkenntniß vom 14. November 1868 in eine Strafe von 10 Thalern verurtheilt. Klaws meldete dagegen weitere Vertheidigung an, recusirte aber zugleich das Ober-

gericht, indem er kurz bemerkte, er könne vom Obergericht nun und nimmermehr ein unparteiisches Urtheil erwarten, da er als Vormund des jungen Bahre durch die Härte dieses Gerichts so überaus schwer und, wie jetzt rechtskräftig feststehe, mit Unrecht habe leiden müssen, und auf eine weitere Ausführung verzichtet hat.

Durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichtes vom 19. Juni 1869 ist dieses Recusationsgesuch, in Erwägung

daß das angebrachte Recusationsgesuch lediglich darauf gestützt worden ist, der Angeschuldigte habe „als Vormund des jungen Bahre durch die Härte des Obergerichts, wie jetzt rechtskräftig feststehe, schweres Unrecht leiden müssen," und hiermit ohne Zweifel das Verfahren des Obergerichts gegen den Angeschuldigten in der gegen ihn anhängig gewesenen Untersuchung wegen verweigerter Auskunft über den Aufenthalt des minderjährigen Ernst Arthur Bahre gemeint ist;

daß freilich vom Ober-Appellations-Gericht in den auf die Recusationsgesuche des Angeschuldigten sowohl in der Bahre'schen Vormundschaftssache als in der bemerkten Untersuchungssache ergangenen Urtheilen vom 23. November 1865 und 19. Mai 1868 anerkannt worden ist, daß der Angeschuldigte seinerseits gegründete Ursache gehabt habe, das vom Obergericht in jener Untersuchung gegen ihn beobachtete Verfahren als ein ihn schwer verletzendes aufzufassen, und deßhalb hier davon abgesehen werden kann, daß der Angeschuldigte für seine Behauptung, es stehe das von ihm erlittene Unrecht jetzt rechtskräftig fest, keinen Nachweis beigebracht hat;

daß jedoch, wie das Ober-Appellations-Gericht schon wiederholt und zwar gerade auch in zwei Recusationssachen des jetzigen Angeschuldigten selbst,

vergl. Kierulff, Samml. der Entscheid. Bd. 2 S. 92, 924 f.,

ausgesprochen hat, der Gegenstand der eben zu fällenden Entscheidung stets von der Art sein muß, daß der Recusationsgrund darauf einzuwirken vermag, und wenn deßhalb

selbst bei Entscheidung von selbstständig zu beurtheilenden Incidentpuncten ein in der Hauptsache begründetes Recusationsrecht für unwirksam erklärt worden ist, es noch weniger einem Zweifel unterliegt, daß das in einer Sache begründete Recusationsrecht nicht ohne Weiteres auf alle anderen vor demselben Gericht verhandelten Rechtssachen des Recusanten ausgedehnt werden darf;

daß es sich gegenwärtig um eine Sache handelt, welche mit der erwähnten früheren Untersuchung nicht im entferntesten Zusammenhang steht, und in keiner Weise abzusehen ist, wie bei dieser Sachlage in dem Unrecht, welches der Angeschuldigte dort erlitten haben will, ein glaubhafter Grund für ihn liegen sollte, dem Obergericht auch in der vorliegenden Sache kein unparteiisches Urtheil zuzutrauen;

daß insbesondere, wenn der Angeschuldigte aus jenem einmaligen Unrecht etwa auf eine allgemeine Mißstimmung des Obergerichts gegen seine Person schließen und daraus eine Befangenheit für alle seine weiteren Rechtssachen besorgen wollte, die völlige Haltlosigkeit einer solchen Folgerung von selbst einleuchtet;

als unbegründet verworfen worden.

Hamburg. 56.

Dr. Banks zu Hamburg mand. nom. **Diedrich Backhaus** aus Werben, Kläger, wider **Albert Pflug** zu Lauenburg, modo **Dr. Wex** zu Hamburg mand. nom. desselben, Beklagten, Injurien jetzt Competenz der Hamburgischen Gerichte betreffend.

Der Gerichtsstand des begangenen Delicts für Civilsachen ist nach gemeinem Recht, wie auch in Hamburg, nicht davon abhängig, daß der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung im Gerichtsbezirk anwesend sei oder Vermögen besitze.

Rechtsfall. Der Elbschiffer Diedr. Backhaus aus Werben im Preußischen war von dem Elbschiffer Alb. Pflug aus Lauenburg bei der Polizeibehörde in Hamburg denunciirt worden, einen Block (Flaschenzug) gestohlen zu haben, wurde aber im Juni 1868 deßhalb von der Instanz entbunden. Auf seinen Antrag wurde Pflug darauf, da er gerade in Hamburg anwesend war, am 5. September persönlich bei 6 ℔ Strafe „wegen fälschlicher Denunciation und deßfalls zu gebender Satisfaction" vor die Prätur geladen. Hier erschienen, erklärte er, daß er den miterschienenen Dr. Wex „zu seinem unwiderruflichen Bevollmächtigten in dieser Sache bestellen wolle." Der angestellte Güteversuch blieb erfolglos und Backhaus wurde zur Beibringung einer ordentlichen Klage verwiesen. Die hierauf eingereichte schriftliche Klage beschuldigte den Beklagten, er habe wissentlich falsch denunciirt, und war auf eine Satisfactionssumme von 1000 ℔ Crt., eventuell auf Ehrenerklärung gerichtet. Dr. Wex, dem dieselbe an Stelle des Beklagten insinuirt wurde, excipirte und duplicirte gleichfalls schriftlich, beschränkte sich aber darauf, die Einrede der Incompetenz geltend zu machen.

1) Die Prätur

wies auch durch Erkenntniß vom 14. October 1868 die Klage wegen Incompetenz ab, da unbestritten beide Parteien außerhalb des Hamburgischen Gebiets domicilirt seien, die Competenz auch nicht dadurch begründet werden könne, daß in Hamburg eine Untersuchung gegen den klägerischen Mandanten eingeleitet worden sei.

Auf Supplication des Klägers verwarf

2) das Obergericht

durch Erkenntniß vom 31. October 1868 die Einrede der Incompetenz und legte dem Beklagten unter Verurtheilung in die Kosten auf, sich auf die angestellte Klage bei den gesetzlichen Rechtsnachtheilen hauptsächlich einzulassen. Denn der ersten Citation in Injuriensachen werde die Bedeutung der Klaganstellung nicht dadurch entzogen, daß sie zunächst

auf den gesetzlich vorgeschriebenen Güteversuch gerichtet sei, wie denn nicht selten in diesem ersten Termin sofort auf Beweis der beiderseits vorgetragenen Thatsachen erkannt, sonst aber bei fehlschlagendem Güteversuch die Beibringung einer ordentlichen Klage verfügt werde. In vorliegender Sache nun habe der Beklagte sich zur Zeit der ersten Citation in Hamburg aufgehalten, und die dem Satisfactionsanspruch zu Grunde gelegte Diebstahlsbeschuldigung und Denunciation nach Angabe der Klage in Hamburg stattgefunden. Danach erscheine — selbst wenn man abweichend von der vom Ober-Appellations-Gericht ausgesprochenen Ansicht (Frankf. Samml. Bd. 4 p. 34) davon ausgehe, daß die Voraussetzung des forum contractus, wonach der Beklagte zur Zeit der Klaganstellung sich im Bezirk des angerufenen Gerichts aufhalten oder Vermögen besitzen müsse, auch beim Gerichtsstand des Vergehens stattzufinden habe —, die Competenz des Hamburgischen Gerichts als forum delicti commissi durch das Vorhandensein des ersten jener alternativen Erfordernisse unzweifelhaft begründet, und es könne deßhalb dahin gestellt bleiben, ob, wenn das forum delicti durch Güterbesitz des Beklagten begründet werden sollte, nach Hamburgischer Praxis nicht noch eine Arrestanlage hätte hinzukommen müssen.

Auf Appellation des Beklagten wurde diese Entscheidung

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 22. Juni 1869 aus folgenden Gründen bestätigt.

Der Beklagte verlangt in seiner alleinigen Beschwerde die Wiederherstellung des Präturerkenntnisses vom 14. Octbr. vor. Js., wodurch die erhobene Klage auf Grund der Einrede der Incompetenz abgewiesen worden war.

Es fragt sich hier zunächst, ob der Gerichtsstand des begangenen Delicts, worauf sich der Kläger gestützt hat, für begründet zu achten sei, auch wenn der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung im Bezirke des Gerichts weder angetroffen wird noch Vermögen besitzt. Das Ober-Appellations-Gericht hat sich in zwei Frankfurter Sachen

Fresenius c. Herff. April 1845,
Rieger. Januar 1858 (beide abgedruckt in der Frankfurter Vereinssamml. Bd. 4 S. 23 f., S. 33 f.),

für Bejahung dieser, vom Obergericht unentschieden gelassenen Frage nach gemeinem Rechte ausgesprochen; und es liegt kein Anlaß vor, hiervon zurückzutreten. Allerdings hat man sich neuerlich mehrfach darauf berufen, daß hinsichtlich jener Voraussetzung der Competenz im Zweifel dasselbe gelten müsse, wie beim Gerichtsstand des Vertrages, bei welchem sich eine überwiegende Praxis dafür erhalten hat, daß er durch persönliche Anwesenheit oder Vermögensbesitz des Beklagten bedingt werde;

Wetzell, Syst. § 42 (ed. 2 § 41 fin.),
Osterloh, ord. Proc. § 80 a. E.,
Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts zu Cassel von 1847 bei Seuffert, Archiv Bd. 2 № 324;

und diese Gleichstellung erkennen z. B. auch

Linde, Abhdll. II. S. 100 (vergl. Lehrb. § 91, 93),
Heffter, Syst. § 164,
Schmid, Handb. Bd. 1 S. 101 f., 109 f.,
Renaud, Proc. § 38,

an, welche jedoch bei beiden Gerichtsständen die Nothwendigkeit einer solchen Voraussetzung verneinen. Allein gegen die hervorgehobene Analogie ist zu erwägen, daß das forum delicti commissi der richtigeren Ansicht nach nicht ganz auf derselben rechtlichen Grundlage beruht, wie der Gerichtsstand des Contractes, und daß es in der Ausdehnung, in welcher es im heutigen gemeinen Recht besteht, erst durch die Nov. 69 c. 1 begründet worden ist, dieses Gesetz aber von jener Voraussetzung nichts enthält; weßhalb denn auch bis zur neuesten Zeit hin die meisten derjenigen Juristen, welche den Gerichtsstand des Contractes mit der Praxis von Anwesenheit oder Vermögensbesitz des Beklagten abhängig machen, diese Voraussetzung auf das forum delicti nicht ausgedehnt haben.

Vergl. Danz, ord. Proc. § 28 u. 31,
Glück, Comment. Bd. 6 S. 303 ff., 315, 321,

Thibaut, Pand. (ed. 4) § 1070 f.,
Savigny, Syst. Bd. 8 S. 239 f.

Der Beklagte meint nun freilich, aus den obigen Präjudicaten folge nichts für Hamburg, da der Gerichtsgebrauch hier zur Begründung des forum delicti in jedem Falle Vermögensbesitz des Beklagten im Hamburgischen Staatsgebiet erfordere. Diese Behauptung ist jedoch durch thatsächliche Angaben, welche etwa zu einem Beweisnachlaß führen könnten, in keiner Weise substantiirt, vielmehr nur auf die weitere allgemeine Behauptung gestützt worden, in Hamburg würden auswärtige Erkenntnisse gegen Hamburger Staatsangehörige nicht vollstreckt, und das habe die nothwendige Folge, daß der Regel nach Klagen gegen Ausländer nur bei der Möglichkeit künftiger Realisirung des Rechtsspruchs angenommen würden. Inwieweit die vom Kläger bestrittene Behauptung, es würden in Hamburg keine auswärtigen Erkenntnisse vollstreckt, für begründet zu halten sei, kann ganz dahin gestellt bleiben. Ohne Zweifel ist der Umstand, ob im Rechtsverkehr der deutschen Territorien mehr oder weniger auf die Bereitwilligkeit anderer Gerichte zur Befolgung von Requisitionen und Vollziehung von Erkenntnissen gerechnet werden konnte, nicht ohne Einfluß auf den Umfang geblieben, in welchem der Gerichtsstand persönlicher Verbindlichkeiten zu bestimmter practischer Anerkennung gelangt ist. Und es wird deßhalb um so erklärlicher, wenn mit dem zunehmenden Bestreben nach Gewährung umfassenderer Rechtshülfe in den neueren Proceßgesetzgebungen zugleich die Ansicht die Oberhand gewonnen hat, daß von dem Erforderniß der Anwesenheit oder des Vermögensbesitzes überhaupt zu abstrahiren sei. Ebenso gewiß ist aber, daß auch durch das Festhalten dieses Erfordernisses, welches sich nur auf den Zeitpunkt der Klagerhebung bezieht, keine Garantie für die Thunlichkeit künftiger Execution gegeben ist, und daher die Schlußfolgerung, das gemeinrechtliche forum delicti commissi könne nicht anwendbar sein, wo man die Vollziehung auswärtiger Urtheile allgemein ablehne, in keinem Fall zutreffend erscheint.

Wenn der Gesichtspunkt gesicherter Realisirung der entscheidende sein sollte, so hätte der Gerichtsgebrauch dahin gelangen müssen, die Anwendbarkeit jenes Gerichtsstandes überall nur durch Arrestanlegung vermitteln zu lassen; was vom Beklagten positiv nicht einmal behauptet, jedenfalls, wie bemerkt, nicht substantiirt worden ist. Im Uebrigen gehört es lediglich zu den Erwägungen, die der Kläger bei der Wahl des Gerichtsstandes im einzelnen Falle anzustellen hat, bei welchem der concurrirenden Gerichte er mehr oder weniger auf die Möglichkeit der Realisirung rechnen könne.

Damit ist zugleich der Einwand mit widerlegt, welchen der Beklagte aus der behaupteten Unstatthaftigkeit der ästimatorischen Injurienklage in der Heimath der Parteien, insbesondere des Beklagten, hergenommen hat. Und ebensowenig kann es dem positiven Recht gegenüber in Betracht kommen, wenn der Beklagte die Unzweckmäßigkeit unbeschränkter Anerkennung des forum delicti, sowie das Nichtzutreffen der gesetzlichen Motive desselben im vorliegenden Falle, zu zeigen gesucht hat.

Bei dieser Sachlage bedarf es nicht der Ausführung, daß, auch wenn es auf Anwesenheit des Beklagten zur Zeit der Klagerhebung ankäme, die obergerichtliche Entscheidung, namentlich mit Rücksicht auf die vom Beklagten am 5. September vor. Js. zu Protokoll gegebene Bevollmächtigung des Dr. Wex,

vergl. Frankf. Vereinssamml. Bd. 2 S. 296 f.,

dennoch zu bestätigen gewesen wäre.

Hamburg. 57.

Dr. Seebohm zu Hamburg, subst. noie. **A. Stange** in Berlin, in Vollmacht von **Moritz Adler** in Sohrau, Kläger, wider **G. Hirschmann & Co.** zu Hamburg, Litisdenuntiaten, wegen Präferenz.

---

1) Bedeutung des Ladescheines nach den Bestimmungen des deutschen Handelsgesetz-Buchs. Wenn auch dem Institute des Connossements nahe verwandt, kann er doch nicht als eine bloße Ausdehnung des Letzteren auf den Land- und Flußtransport angesehen werden.

2) Durch die Uebergabe des Ladescheines wird nicht, wie dies bei dem an Ordre gestellten Connossement nach dem deutschen Handelsgesetz-Buch der Fall ist, die Waare selbst tradirt.

3) Verfolgungsrecht des Absenders einer unbezahlten noch unterwegs befindlichen Waare. Dasselbe ist, wenn auch kein dingliches Recht, so doch im weiteren Sinne ein Recht an der Sache, in sofern der Absender dieselbe, so lange nur der Transport noch nicht beendet ist, mit einer actio in rem scripta an sich ziehen kann.

4) Zur Interpretation des Art 25 sub 3 der Hamb. R. Fall.-Ordnung, verbis: „Wäre aber das Connossement von dem Fallito vor seinem Austritt an einen Dritten veräußert oder verpfändet, so ist der Innehaber desselben dem Ablader oder Versender vorzuziehen, und muß sich dieser seines Schadens an der Massa bestmöglichst erholen.“

Rechtsfall. Der klägerische Vollmachtgeber hatte mit Flußschiff eine von Simon in Hamburg bestellte Partie Bretter an diesen Letztern von Dresden verladen. Der Besteller, der inzwischen seine Zahlungen eingestellt, war den Bedingungen des Handels, nach welchen bei Empfang der

Factura eine Anzahlung von 450 ℳ erfolgen sollte, nicht nachgekommen, und es hatte daher der klägerische Bevollmächtige bei Ankunft der Waare einen gerichtlichen Befehl gegen den Schiffer erwirkt, die Waare nicht auszuliefern, und darauf gegen den Besteller Simon, an den der Ladeschein eingeschickt war, Klage erhoben mit der Bitte, nunmehr ihm, dem Kläger, gegen Vergütung der Spesen die Bretter zuzusprechen.

Für den Beklagten Simon erschienen dessen Curatoren mit der Erklärung, daß die Masse keine Ansprüche auf die Bretter mache, daß aber Simon den ihm zugesandten Ladeschein an Hirschmann & Co. cedirt und verpfändet habe, weßhalb sie den Letzteren den Streit verkündet hätten und darauf antrügen, ihrerseits aus dem Processe entlassen zu werden.

Dieser Bitte ist von Seiten des Handelsgerichtes deferirt worden und die Litisdenunciaten, die den Proceß aufnehmen zu wollen erklärten, haben darauf um Abweisung der Klage gebeten, weil vor dem am 16. April 1868 gelegten Befehle, nämlich schon am 11. April, ihnen der Ladeschein von Simon für eine Forderung an ihn von 1400 ℳ cedirt und verpfändet sei, und diesem ihrem besseren Rechte gegenüber das Verfolgungsrecht des Absenders zurückstehen müsse, abgesehen davon, daß, da der größte Theil des Facturapreises creditirt sei, es auch an den rechtlichen Voraussetzungen dieses Rechtes in der Person des Klägers fehle.

Von Seiten des Klägers ward erwiedert, daß der nicht „an Ordre" ausgestellte Ladeschein gar nicht habe indossirt werden können, aus der bloßen Uebergabe (eine förmliche Cession habe ja nicht stattgefunden) desselben aber ein dingliches Recht nicht abzuleiten sei. Uebrigens werde die Forderung der Litisdenunciaten von Simon bestritten, auch behauptet, daß die Ersteren es gewußt hätten, daß es sich um eine unbezahlte Waare handele.

Das Handelsgericht erkannte darauf am 9. Juli 1868 auf folgende Beweise:

1) des Klägers:

daß die hier fragliche Ladung Bretter in Folge eines Auftrags von Moritz Adler in Sohrau zur Erfüllung eines von demselben mit John Simon abgeschlossenen Kaufgeschäftes an den Letzteren verladen worden:

2) der Litisdenunciaten:

daß der von ihnen beigebrachte Ladeschein ihnen von John Simon am 11. April und zu dem Besuche übergeben sei, um sie für ein Darlehn oder für eine sonstige Forderung sicher zu stellen,

gegen welchen letzteren Beweis dem Kläger wiederum vorbehalten bleibe, darzuthun,

3) daß John Simon zur Zeit, als Hirschmann & Co. den Ladeschein von ihm erhielten, bereits in so schlechten Umständen sich befand, daß vorauszusehen war, derselbe werde die in dem Ladescheine aufgeführte Waare unbezahlt lassen, und daß Hirschmann & Co. damals bereits von diesen schlechten Umständen des Simon Kenntniß hatten.

Durch Erkenntniß des Obergerichts vom 23. Octbr. 1868 ward jedoch erkannt,

daß dem Kläger, falls er den ersten ihm vom Handelsgerichte auferlegten Beweis erbringe, die fragliche Bretterladung zuzusprechen sei.

Dem Besitze des Ladescheins, heißt es in den Gründen, sei, selbst wenn derselbe an die Ordre des Destinatairs ausgestellt worden, durch das Handelsgesetz-Buch nicht die Wirkung des Eigenthumerwerbes an den abgeladenen Gütern durch den Besitzer beigemessen, wie dies daraus hervorgehe, daß der in erster Lesung zugelassene Art. 388, welcher dem Ladeschein die dem Connossement in Art. 649 ertheilte Wirkung der Eigenthumsübertragung gleichfalls gewährte, in zweiter Lesung gestrichen sei. Simon habe somit durch Cession des nicht an Ordre gestellten Ladescheins nur sein persönliches Recht, kein dingliches, übertragen können und Hirschmann & Co. hätten mithin nur den Anspruch an den Schiffer auf Herausgabe der Waare erworben. Sie müßten sich also

auch die Einreden aus der Person ihres Cedenten Simon gefallen lassen und Letzterer hätte, die Erbringung des ersten klägerischen Beweises vorausgesetzt, das Recht des Klägers nicht bestreiten können. Dem stehe auch der Art. 25 sub 3 der N. F.-Ordn. nicht entgegen, da derselbe eine singuläre Bestimmung zu Gunsten der Connossemente enthalte und auf Ladescheine nicht auszudehnen sei.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward das vorige Urtheil am 22. Juni 1869 bestätigt aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

I. Die erste Beschwerde ist darüber erhoben, daß das Obergericht den unter 2, des Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 9. Juli 1868 den Litisdenunciaten nachgelassene Beweis:

> daß der von ihnen beigebrachte Ladeschein ihnen von John Simon am 11. April 1868 und zu dem Behufe übergeben worden, um sie für ein Darlehen oder für eine sonstige Forderung sicher zu stellen,

in Wegfall gebracht hat. Soweit jedoch Litisdenunciaten diese Beschwerde

A. darauf gründen zu können glauben, daß dem Kläger ein Verfolgungsrecht aus Art. 25 der N. Falliten-Ordnung gar nicht zustehe, beziehungsweise derselbe sich dieses Rechts jedenfalls ihnen, den Litisdenunciaten, als dritten in keinerlei Contractsverhältnisse zu ihm stehenden Personen, gegenüber nicht bedienen könne, verstößt dieselbe gegen die rechtskräftige Lage der Sache. Durch die von keiner Seite angefochtene Beweisauflage sub 1, des Handelsgerichts-Erkenntnisses steht fest, daß Kläger zur Rechtfertigung seines Anspruchs auf Herausgabe des Ladescheins und Anerkennung seiner Befugniß, über die in Anl. 3 verzeichneten Waaren frei zu verfügen, nur noch darzuthun braucht, daß die hier fragliche Ladung Bretter zur Erfüllung eines von ihm mit John Simon abgeschlossenen Kaufgeschäftes an den letzteren verladen worden. Dieser Beweis bezieht sich lediglich auf das mittelst der Arrestanlage vom 16. April und des Prosekutions- und Justifikationsantrags vom 24. desselben Monats geltend ge-

machte Verfolgungsrecht, insofern er eine der Voraussetzungen dieses Rechtes — die Eigenschaft des Klägers als Absenders der fraglichen Waare — liquid zu stellen bestimmt ist, und wenn Kläger zu solchem Beweise gerade den Litisdenunciaten, als seinen dermaligen alleinigen Proceßgegnern, gegenüber zugelassen worden ist, so liegt darin die Anerkennung, nicht allein, daß ihm, die Lieferung der fraglichen Nachweisung vorausgesetzt, das Verfolgungsrecht zustehe, sondern zugleich, daß dieses Recht an und für sich auch gegen die Litisdenunciaten wirksam sei; und bedarf es daher keines Eingehens auf das Materielle dieser beiden Fragen, welche übrigens nur in dem gleichen Sinne würden beantwortet werden können. — Es kann vielmehr

B. nur noch auf die Gründe ankommen, aus denen die Litisdenunciaten ein Vorzugsrecht vor dem Kläger in Anspruch nehmen. In thatsächlicher Beziehung stützen sie ein solches auf die Behauptung, daß Simon den fraglichen Ladeschein schon vor dem am 16. April gegen den Schiffer Busse ausgewirkten Arreste, nämlich am 11. deff. Monats, mittelst des aus Anl. I. ersichtlichen Indossaments (welches jedoch des Datums entbehrt) und unter ausdrücklicher (mündlicher) Cession „aller seiner Rechte und Ansprüche an die betreffende Waare, resp. dem Schiffer sowie jedem Dritten gegenüber," auf sie, die Litisdenunciaten für eine Forderung von 1400 ℳ übertragen habe.

Wenn jedoch die Litisdenunciaten aus diesem Factum

1) folgern zu können glaubten, daß ihnen seit dem 11. April ein Pfandrecht an den fraglichen Brettern zustehe, so ist diese Ansicht bereits durch conforme Entscheidungen verworfen. Denn beide vorigen Gerichte haben übereinstimmend ausgesprochen, daß die Uebergabe des Ladescheins nicht (wie, nach Handelsgesetz-Buch Art. 649, diejenige eines an Ordre gestellten Connossements) die Uebergabe der Waare vertrete, Simon also gar nicht in den den Erwerb des Eigenthums bedingenden Besitz der Bretter gekommen sei, und daraus folgt von selbst, daß er den Besitz der Bretter auch nicht durch

Uebergabe des Ladescheins an die Litisdenunciaten auf diese übertragen konnte, was doch wieder die Voraussetzung eines an denselben zu erwerbenden Pfandrechtes gebildet haben würde. Diese Entscheidung ist denn auch, nach den von den vorigen Gerichten in Bezug genommenen Conferenzprotokollen, materiell vollkommen richtig:

vergl. v. Hahn, Comm. II. S. 496 Note 2.

Wollte und könnte man aber selbst die Bestimmung des Art. 649 cit. auf Ladescheine in Anwendung bringen, so würde dies doch jedenfalls in keinem weiteren Umfange möglich sein, als bei den Connossementen selbst, also günstigstenfalls doch immer nur bei an Ordre gestellten Ladescheinen. Der Schein Anl. 1 ist aber kein solcher.

B. Aus diesem letzteren Umstande ergiebt sich zugleich, daß das auf den fraglichen Schein gesetzte Indossament als solches ganz wirkungslos ist. Die Frage, ob dasselbe als Cession aufrecht erhalten werden könnte, hat vorliegend, wo eine ausdrückliche Cession behauptet ist, keine practische Bedeutung.

C. Anlangend die rechtlichen Folgen einer Cession, so ist von der Frage, ob und mit welcher rechtlichen Wirkung Simon die aus dem Kaufvertrage gegen den Kläger ihm zustehenden Rechte cediren konnte, hier ganz zu abstrahiren. Denn wenn man überhaupt das Schreiben des Simon vom 22. April dahin verstehen könnte, daß auch diese Rechte auf die Litisdenunciaten übertragen worden seien, so haben die letzteren doch in dem Processe hierauf nicht, sondern nur auf die Cession der Rechte aus dem Ladescheine, also der Rechte des Adressaten gegen den Schiffer:

D. Handelsgesetz-Buch Art. 514,

sich berufen. Eine Cession bloß persönlicher Rechte des Adressaten gegen den Schiffer vermag aber (abgesehen von der Bestimmung sub 3, des § 25 d. K. F.-Ordn., auf welche unter D. zurückzukommen ist) auf das klägerische Verfolgungsrecht überall keinen Einfluß zu üben; und kommt es hierbei auf die von den vorigen Richtern gemachte Unterschei-

dung, ob der Schiffer Busse von der fraglichen Cession erst nach oder schon vor der Arrestanlage benachrichtigt worden sei, gar nicht an. Genug, daß er zu der Zeit, wo Kläger mittelst des ausgewirkten Arrest-Befehls sein Verfolgungsrecht zuerst geltend machte, die Waare noch nicht abgeliefert hatte, also ein dingliches Recht der Litisdenunciaten an derselben noch nicht entstanden war. Es kann nämlich ein Präferenzstreit der vorliegenden Art nicht, mit den Litisdenunciaten, als ein Streit darüber, wem das bessere Recht gegen den Schiffer oder sonstigen Transportführer zusteht, angesehen werden. Im Verhältnisse zum Schiffer würde, wenn ein Connossement oder Ladeschein gezeichnet oder der Schiffer bereits auf sonstige Art (z. B. durch Uebergabe des Frachtbriefes) in rechtliche Beziehung zum Adressaten getreten ist, immer dieser letztere, beziehungsweise derjenige, auf den er seine Rechte übertragen hat, vorgehen; und der Schiffer kann ihm eine Einrede aus dem Verfolgungsrechte des Absenders, da dieselbe eine exceptio de jure tertii ist, nicht entgegensetzen. Hieran wird auch durch den angelegten Arrest Nichts geändert, da derselbe auf das Materielle des zwischen dem Schiffer und den beiden die Herausgabe der Waare von ihm prätentirenden Parteien obwaltenden Verhältnisses keinen Einfluß übt, sondern den Ersteren nur verpflichtet, die Waare bis dahin an sich zu halten, daß der Streit zwischen den Letzteren ausgemacht sein werde. Das Verfolgungsrecht des Absenders hat aber mit dessen contractlichen Ansprüchen gegen den Schiffer Nichts gemein, wie es denn auch im vorliegenden Falle bereits rechtskräftig anerkannt ist, ohne daß zwischen Adler und dem Schiffer Busse ein Vertragsverhältniß bestände. Dasselbe ist, wenn auch kein dingliches Recht, doch immer ein Recht an der Sache im weiteren Sinne, insoferne der Absender dieselbe, wo er sie auch findet, so lange nur der Transport noch nicht beendet ist, mittelst einer actio in rem scripta wieder an sich ziehen kann:

N. Arch. f. Handelsr. IV. p. 388 cf. Samml. v. Entsch. d. O.-A.-G. in Hamb. Rechtsf. II. p. 882. — Kierulff, Samml. I. S. 649.

Ein solches Recht kann seiner Natur nach nicht durch Berufung eines Dritten auf die gegen den Schiffer ihm zustehenden Rechte, sondern nur entweder durch ein Rechtsverhältniß, in dem er zum Absender selbst steht, oder, in Ermangelung dessen, durch ein besseres Recht an der Sache ausgeschlossen werden.

Wenn die N. F.=Ordn. in Art. 25 unter 3, dem dritten Erwerber des Connossements den Vorzug vor dem Absender eingeräumt hat, so ist der Grund hierfür nicht in dem zwischen dem Connossements=Inhaber und dem Schiffer bestehenden obligatorischen Nexus als solchem, sondern vielmehr in der eigenthümlichen Natur des Connossements zu suchen, welches, wenn es auch, nach dem zur Zeit der N. F.=Ordn. geltenden Rechte, den Inhaber nicht zum wirklichen Eigenthümer der Waare machte, ihn doch practisch in die Lage setzte, über dieselbe einem Eigenthümer gleich verfügen zu können. Die Ausnahme besteht darin, daß man der Uebertragung, resp. Verpfändung des Connossements, dem Verfolgungsrechte des Absenders gegenüber, dieselbe rechtliche Wirkung einräumte wie einer Eigenthumsübertragung, resp. Verpfändung der Waare selbst; und diese Ausnahme bestätigt die Regel, daß die Uebertragung bloß persönlicher Rechte des Bestellers gegen den Transportführer, einerlei ob sich der Cessionar zu dem debitor cessus bereits in ein directes Rechtsverhältniß gesetzt hat oder nicht, das Verfolgungsrecht nicht ausschließt.

D. Alles hängt hiernach davon ab, ob die Ausnahme=Bestimmung unter 3, des Art. 25 der N. F.=Ordn. im vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen ist. Soviel nun

1) die Auslegung dieses Gesetzes betrifft, so redet dasselbe an der angeführten Stelle zwar allgemein vom „Connossemente.“ Gleichwohl sprechen überwiegende Gründe dafür, daß der Gesetzgeber nur das an Ordre gestellte, mithin indossabele Connossement, als das im Geschäftsverkehre vorzugsweise gebräuchliche, im Auge gehabt hat, und nur der Uebertragung eines solchen Connossements die Wirkung hat

beilegen wollen, das Verfolgungsrecht auszuschließen. Denn während dem ohne Ordre nur auf den Namen des Empfängers gestellten Connossemente immer der Character eines Beweisdocumentes über ein zwischen zwei bestimmten Personen bestehendes Obligationsverhältniß, dessen Inhalt durch Weiterübertragung des Documentes nicht geändert wird, inhärirt; hat das an Ordre gestellte und folgeweise indossabele Connossement einen sachlichen Character angenommen, indem es ein negotiabeles Papier bildet, welches der Vindication unterliegt und auf welches die Regel: „Hand muß Hand wahren" Anwendung erleidet:

vergl. die Entscheidung bei Wunderlich, Jurispr. des O.-A.-Ger. in bürgerl. Rechtss. aus Lübeck, Bd. I. p. 152—154 und Protokolle der Commiss. zur Berathung eines allg. D. Handelsgesetz-Buchs p. 2204.

Hier und hier allein traf der oben bereits angedeutete Grund für die Ausnahmebestimmung unter 3, des Art. 25 cit. zu, daß das Connossement — weil von den ursprünglichen Beziehungen des Ausstellers zum Absender, resp. Empfänger der Waare ganz abgelöst — als ein selbstständiges, die Stelle der Waare vertretendes Werthobject betrachtet und behandelt werden konnte, dessen eigenthümliche Uebertragung, resp. Verpfändung, dem Verfolgungsrechte des Absenders gegenüber, dieselbe Wirkung äußeren sollte, wie die eigenthümliche Uebertragung, resp. Verpfändung der Waare selbst. Dieser Auffassung hat sich nunmehr auch und zwar unter Erweiterung derselben zu einem generellen Rechtsprincipe das D. Handelsgesetz-Buch angeschlossen, welches allerdings in einigen speciellen Beziehungen Connossemente und Ladescheine, ohne Unterschied, ob sie an Ordre gestellt sind oder nicht, als Repräsentanten der Waare gelten läßt:

Art. 313, 374, 382,

den allgemeinen Satz aber, daß die Uebergabe des betreffenden Papiers dieselben Wirkungen habe wie die Uebergabe der Güter selbst nur bei dem „an Ordre lautenden Connossemente" anerkennt:

Art. 649.

Nach diesem Ergebnisse kann

2) die Frage, ob die Bestimmung in Art. 25 cit. unter 3, auch auf Ladescheine anzuwenden sei, dahin gestellt bleiben. Ihre Bejahung würde immer nur dahin führen, ein Verzugsrecht des gutgläubigen Inhabers eines an Ordre gestellten Ladescheines vor dem Absender anzuerkennen. Daran würde auch dann Nichts geändert werden, wenn nachzuweisen sein sollte, daß die fragliche Gesetzesbestimmung in der Hamburgischen Praxis eine andere als die obige Auslegung erfahren habe und auch auf nicht an Ordre gestellte Connossemente zur Anwendung gebracht worden sei. Durch eine derartige, über den eigentlichen Gedanken des Gesetzgebers hinausgehende Praxis würde nur ein jus singulare für die eigentlichen Connossemente begründet werden können. Das Institut des Ladescheines aber ist, nach dem D. Handelsgesetz-Buch — wie eine Vergleichung der Artikel 414—419 mit Art. 644 flg. ergiebt — wenn auch dem Institute des Connossements nahe verwandt, doch keineswegs eine bloße Ausdehnung des letzteren auf den Land- und Flußtransport, und kann es sich daher immer nicht um eine unmittelbare, sondern nur um eine analoge Anwendung der in der älteren Hamburgischen Gesetzgebung für das Connossement getroffenen Bestimmungen auf den Ladeschein handeln.

II. Die eventuelle Beschwerde betrifft die vom Obergericht für den Fall der Führung des klägerischen Beweises ausgesprochene Verurtheilung der Litisdenunciaten in die Kosten erster Instanz, und verstößt in der Hauptsache so sehr gegen eine fest bestehende Praxis, daß es einer besonderen Widerlegung derselben nicht bedarf. Zweifelhaft kann nur sein, ob die eventuelle Verurtheilung auch auf die durch den ursprünglichen Streit zwischen dem Kläger und Simon, resp. dessen curatores bonorum veranlaßten Kosten sich zu erstrecken hatte. Doch ist auch in diesem Punkte dem Obergerichte beizutreten, da die Beklagten nur im Interesse der Litisdenunciaten den Proceß aufgenommen haben und das Parteienverhältniß durch das in diesem Punkte nicht an-

gegriffene Handelsgerichts-Erkenntniß vom 9. Juli 1868 dahin geordnet worden ist, daß die Litisdenunciaten an Stelle der gedachten Curatores bonorum die Rolle des Beklagten in dem gegenwärtigen Processe zu übernehmen haben.

Hamburg. 58.

J. H. Fröhlich zu Hamburg, modo dessen curatores bonorum, Kläger, wider **G. Appelbohm** daselbst, Beklagten, Injurien betreffend.

Rechtsfall: Der Kläger hatte gegen den Beklagten eine Injurienklage angestellt, darauf gestützt, daß dieser ihn einen Dieb und Schwindler gescholten habe, weil er zwei Pferde, die er vom Beklagten gekauft, sich von Boltzmann, auf dessen Weide dieselben sich befanden, habe ausliefern lassen, während der Beklagte doch selbst für den Fall, daß Kläger das Weidegeld bezahle, den Boltzmann die Weisung der Auslieferung der Pferde an ihn, den Kläger, ertheilt habe.

Von Seiten des Anwalts des Beklagten ward die incriminirte Aeußerung zugegeben, und sodann darauf aufmerksam gemacht, daß unbestrittenermaßen beide Theile dem weniger gebildeten Stande angehörten, weßhalb mit den von ihnen gewählten Ausdrücken es nicht so genau zu nehmen sei. Im Uebrigen ward behauptet, daß nach dem factischen Vorgang die Aeußerung des Beklagten durchaus gerechtfertigt und entschuldbar sei. Dem Kläger, dem der Beklagte zuerst die Pferde überhaupt nicht habe verkaufen wollen, weil er ihn für nicht im Stande hielt, den Kaufpreis zu bezahlen, seien dieselben dann an einem Sonntag per comptant verkauft, und dem Verkäufer sei versprochen worden, daß er am folgenden Tage sein Geld bekommen solle. Beklagter habe nicht etwa dem Kläger die Autorisation gegeben, sich die Pferde gegen Bezahlung des Weidegeldes von Boltzmann ausliefern zu lassen, sondern

diesen Letzteren angewiesen, unter der erwähnten Bedingung die Pferde dem Kläger zu verabfolgen. Beklagter habe nun aber am Montag sein Geld nicht erhalten und dem Beklagten, den er mehrmals vergeblich aufgesucht, endlich am Donnerstag bestimmt erklärt, daß er nunmehr von dem Geschäft zurücktrete. Inzwischen habe sich Kläger, und zwar am Freitag, die Pferde von Boltzmann ausliefern lassen und dieselben weiter verkauft ohne den Beklagten zu bezahlen, so daß dieser völlig entschuldbar sei, wenn er diese Handlungsweise in etwas derber Weise characterisirt habe, die Ausdrucksweise möge immerhin etwas vorsichtiger haben gewählt werden können. Von Seiten des Klägers ward hervorgehoben, daß sofort bei dem Comptant-Verkauf die Weisung an Boltzmann vom Beklagten ertheilt worden, weßhalb er, Kläger, zur Entgegennahme der Pferde unter allen Umständen befugt gewesen sei.

Durch Prätur-Erkenntniß vom 17. März 1868 ward die Klage abgewiesen, weil den thatsächlichen Verhältnissen gegenüber die von dem Beklagten gebrauchten Ausdrücke entschuldbar seien; das Obergericht dagegen nahm in seinem Erkenntniß vom 17. October 1868 an, daß die Art und Weise, in welcher sich der Beklagte geständlich über das Verfahren des Klägers geäußert habe, dann nicht gerechtfertigt und Beklagter mithin satisfactionspflichtig sein würde, wenn er, nach der klägerischen Behauptung, sogleich nach Abschluß des Handels dem Boltzmann angewiesen habe, dem Kläger gegen Entrichtung des Weidegeldes die Pferde auszuliefern, indem für solchen Fall der Käufer sich allerdings befugt halten durfte, auch vor Bezahlung des Kaufpreises die Pferde zu sich zu nehmen. Dem Kläger ward somit der Beweis dieser seiner Behauptung nachgelassen, dabei jedoch bemerkt, daß für den Fall der Nichterbringung desselben der ersten Instanz in Betreff der Entschuldbarkeit der von dem Beklagten gebrauchten Ausdrücke beigetreten werden müsse.

Der Beklagte rief die dritte Instanz an und beschwerte sich

1) daß nicht das erste Erkenntniß bestätigt worden,

2) eventuell, daß nicht dem Beklagten der Beweis nachgelassen worden:

a) daß er bei Ertheilung des Auftrages an Boltzmann nicht die Absicht gehabt habe, auf sein Recht aus dem Comptant-Verkauf zu verzichten,

b) daß die Erlaubniß zur Abholung der Pferde nur zu dem Zweck einer gemeinschaftlichen zu unternehmenden Fahrt ertheilt worden,

c) daß der Handel zu der Zeit, als Kläger die Pferde von der Weide abholte, bereits wieder aufgehoben war,

3) daß nicht beantragter Maßen eine Untersuchung eingeleitet und bis zur Erledigung derselben die Entscheidung dieser Sache ausgesetzt sei.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward darauf am 22. Juni 1869 erkannt:

daß das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 17. October 1868 zwar im Uebrigen zu bestätigen, jedoch dahin abzuändern, daß dem Beklagten gestattet sei, dem vom Obergerichte dem Kläger auferlegten Beweise gegenüber, annoch, vorbehältlich des Gegenbeweises, wie Recht darzuthun:

entweder:

daß der Verlauf des fraglichen Handels und der wegen Vollziehung desselben gepflogenen Verhandlungen der in den Exceptionen, № 3 Prätur-Acten S. 3—7 zu den Worten: „war der Kläger" geschilderte gewesen,

oder:

daß er, Beklagter, dem Kläger, ehe dieser die Pferde von der Weide abholte, erklärt habe: er sage sich von dem Handel los, Kläger dürfe die Pferde nicht mehr anrühren.

Entscheidungsgründe.

Die vom Beklagten vorgeschützte Einrede der Wahrheit, resp. Entschuldbarkeit der Aeußerungen, die er über den Kläger gethan zu haben theils eingesteht, theils beschuldigt wird,

ist durch conforme Erkenntnisse für an sich begründet und keines Beweises mehr bedürftig erklärt. Es fragt sich — abgesehen von dem mit der dritten höchst eventuellen Beschwerde verfolgten Antrage auf Einleitung einer Untersuchung — nur noch

A. ob dem Kläger der vom Obergerichte normirte Replikenbeweis zu gestatten war (grav. I.), und

B. ob, wenn es bei diesem Beweise sein Bewenden hat, dem Beklagten dawider, nach Maßgabe des grav. II., noch besondere sogenannte indirecte Gegenbeweise nachzulassen seien.

Zu A muß, bei Prüfung der ersten Beschwerde, der thatsächliche Sachverhalt, wie er von dem Kläger in № 4 der Präturacten angegeben worden ist, zu Grunde gelegt werden. Die Frage, ob vom Beklagten aufgestellte, vom Kläger aber geleugnete thatsächliche Behauptungen, die also noch eines Beweises bedürfen, geeignet seien, die vom Obergerichte zu Beweis verstellte Replik zu elidiren, fällt in den Bereich der eventuellen Beschwerde. Nun hat aber der Kläger nur einen ohne Nebenberedung geschlossenen Kaufvertrag zugestanden. In einem solchen liegt allerdings von selbst, daß nur Zug um Zug erfüllt zu werden braucht. Kläger konnte also die Ueberlieferung der Pferde nicht anders als gegen Zahlung des Kaufpreises beanspruchen, resp. erwarten und mußte wissen, daß er durch Besitzergreifung derselben, ohne jener Voraussetzung entsprochen zu haben, gegen den Willen des Beklagten handle und ein Unrecht wider denselben begehe, welches die von dem Letzteren über das Verfahren des Klägers und diesen selbst gebrauchten Ausdrücke, nach der durch conformen Ausspruch der vorigen Gerichte festgestellten Grundlage, als entschuldigt erscheinen läßt. Wenn aber — wie Kläger behauptet und vom Obergerichte ihm zu beweisen nachgelassen ist — der Beklagte sofort nach Abschluß des Handels, dem 2c. Boltzmann, auf dessen Weide sich die Pferde befanden, die Weisung ertheilt hat, die letzteren dem Kläger herauszugeben, wenn derselbe das Weidegeld bezahlen werde, so konnte

darin bis auf Weiteres allerdings gefunden werden, daß er auf seinem Rechte, nur Zug um Zug zu erfüllen, nicht mit voller Strenge bestehen und die Ueberlieferung der Pferde nicht von der sofortigen Zahlung des Kaufpreises, sondern nur von der vorgängigen Berichtigung des Weidegeldes abhängig machen wolle. Beklagter konnte sich nicht verhehlen, daß dieses Verständniß jener Weisung nahe liege, und würde dann nicht mehr für berechtigt erachtet werden können dem Kläger, der (wie nicht bestritten ist) die gestellte Bedingung erfüllt und die Pferde gegen Zahlung des Weidegeldes sich hat ausliefern lassen, deßhalb Schwindelei oder gar Diebstahl zum Vorwurf zu machen. Für jenes Verständniß macht es auch keinen Unterschied, ob die fragliche Weisung an Boltzmann noch in Gegenwart des Klägers oder in dessen Abwesenheit ertheilt worden ist. Denn auch in letzterem Falle mußte sich Beklagter sagen, daß Kläger von derselben durch Boltzmann Kenntniß erlangen und sie — vorausgesetzt, daß sonstige Umstände dies nicht ausschlossen — im obigen Sinne nehmen werde. Was Beklagter gegen diese mit der Ansicht des Obergerichts zusammentreffende Auffassung in gegenwärtiger Instanz einwendet, stellt sich, soweit es an dieser Stelle — wo die noch unerwiesenen einseitigen Behauptungen desselben nicht in Betracht kommen — zu berücksichtigen ist, als unbegründet dar. Es ist zwar

1) vollkommen richtig, daß die Absicht des Verkäufers, auf seine Rechte aus dem Comptant-Verkauf zu verzichten und dem Käufer einen Credit auf unbestimmte Zeit zu gewähren, nicht vorausgesetzt werden kann; allein ein solcher Verzicht steht auch gar nicht in Frage. Beklagter blieb ohne Zweifel, trotz der gegebenen Weisung zur Auslieferung der Pferde an den Kläger, berechtigt, die sofortige Zahlung des Kaufpreises zu verlangen; er kann aber durch das Factum der nicht geleisteten Zahlung allein die dem Kläger gemachten Vorwürfe nicht begründen. — Wenn aber Beklagter

2) das Unrecht des Klägers jedenfalls in dem von demselben vorgenommenen Weiterverkaufe finden zu können glaubt,

so ist nicht wohl abzusehen, warum Kläger, wenn er sich zur Abholung der Pferde ohne vorgängige Bezahlung des Kaufpreises ermächtigt halten konnte, sich für verhindert hätte erachten müssen, dieselben weiter zu verkaufen. Beklagter selbst hat denn auch nach seiner eigenen Erzählung den Weiterverkauf an sich so wenig beanstandet, daß er darin vielmehr eine willkommene Gelegenheit, um zu seinem Kaufgelde zu gelangen, zu finden geglaubt hat.

Zu B kann es

1) keinem erheblichen Bedenken unterliegen, dem Beklagten den unter 3, seines grav. II. beantragten Beweis, wenn auch unter sachgemäßer Aenderung der dort vorgeschlagenen Fassung, nachzulassen. Beklagter hat bereits in Erwiederung auf die aus der fraglichen Weisung an Boltzmann entnommene Replik bemerklich gemacht, daß erst nachdem er sich, wegen nicht erfolgter Zahlung des Kaufpreises, vom Handel losgesagt, Kläger die Pferde von der Weide fortgeholt habe.

Welche nähere Bewandtniß es hiermit habe, ergiebt sich aus der in den Exceptionen gegebenen Darstellung. Danach hat Beklagter, nachdem bis zum Donnerstag (der Vertrag war am Sonntag geschlossen) Zahlung des Kaufgeldes nicht zu erlangen gewesen, an jenem Tage dem Kläger erklärt: „er sage sich von dem Handel los, Kläger dürfe die Pferde nicht mehr anrühren, Beklagter werde ihm die als Handgeld erhaltenen 2 ℳ am anderen Tage wiederbringen," — und ist die Abholung der Pferde erst **nach** dieser Erklärung, am Freitag Morgen, erfolgt. — Ob Beklagter sich wegen des Verhaltens des Klägers von dem ganzen Handel loszusagen berechtigt war, kommt hier nicht in Frage. Unzweifelhaft lag, wenn auch Beklagter gleich nach Abschluß des Handels darin gewilligt haben sollte, daß Kläger die Pferde ohne vorgängige Berichtigung des Kaufpreises von der Weide abhole, in der vorgedachten Erklärung desselben eine Zurücknahme dieser Bewilligung; und daß Beklagter zu solcher Zurücknahme befugt war, unterliegt nach der eigenen Darstellung des Klägers keinem Zweifel. Derselbe behauptet

nicht, durch eine vertragsmäßige Abrede zu jener Abholung berechtigt gewesen zu sein, sondern stützt sich selbst nur auf eine einseitig vom Beklagten einem Dritten gegebene Anweisung.

2) Größerem Zweifel unterliegt eine dem Beklagten nach Maßgabe seiner Anträge unter 1, und 2, zu verstattende Beweisführung. Bleibt man bei dem Wortlaute der Beschwerde stehen, so spricht gegen den Beweissatz unter 1, daß es auf die innere Absicht, welche der Beklagte bei Ertheilung der fraglichen Weisung an Boltzmann gehabt, gar nicht ankommen kann, sondern nur darauf, wie Kläger, nach den ihm kund gewordenen Intentionen des Beklagten, jene Weisung auffassen mußte; und gegen den Beweissatz unter 2, daß eine entsprechende specielle Behauptung in erster Instanz gar nicht aufgestellt worden ist. Die Tendenz der fraglichen Anträge ist aber, in Beihalt des Vorbringens des Beklagten in erster Instanz, unverkennbar die, zu einem Beweise darüber zugelassen zu werden, daß auch, wenn die fragliche Weisung an Boltzmann ertheilt worden sein sollte, Kläger doch darüber nicht habe im Zweifel sein können, daß damit nur eine Instruction für den Detentor der Pferde bezweckt sei, nicht aber ihm, dem Kläger, habe gestattet werden sollen, ohne vorgängige Berichtigung des Kaufpreises die Pferde abzuholen. Für eine Beweisnachlassung in dieser Richtung fehlt es auch keineswegs an einem zureichenden Material. Beklagter hat, der klägerischen Replik gegenüber, auf seine Darstellung des Sachverhalts in den Exceptionen Bezug genommen. Der Inhalt dieser Darstellung aber ist ein solcher, daß, dessen Wahrheit vorausgesetzt, Kläger über die eigentliche Willensmeinung des Beklagten sich unmöglich täuschen konnte. Wenn dieser ihn, als er sich zum Käufer der fraglichen Pferde anbot, mit der Bemerkung: „Du hast ja doch kein Geld" zurückwies; wenn der Handel hiernächst dahin abgeschlossen wurde, daß ohne Baarzahlung Kläger die Pferde nicht erhalten sollte; wenn Beklagter im Laufe von vier Tagen wiederholte aber erfolglose Versuche machte, den Kaufpreis

vom Kläger einzuziehen, so kann sich Letzterer keine Illusionen darüber gemacht haben, daß Beklagter ihm auch nicht für einen Augenblick Credit gewähren, daß er vielmehr nur gegen oder nach vorgängiger Zahlung des Kaufpreises seinerseits den Handel erfüllen wollte; und er kann in der dem Detentor der Pferde vorgeschriebenen Bedingung, dieselben nur gegen Zahlung des Weidegeldes auszuliefern, unmöglich den Ausdruck des Willens gefunden haben, daß Kläger nur das Weidegeld und nicht vielmehr den ganzen Kaufpreis zu zahlen brauche, um sich in den Besitz der Pferde setzen zu dürfen.

Hiernach mußte dem Beklagten auch über die fraglichen, in den Exceptionen näher dargelegten Hergänge Beweis nachgelassen werden, wobei es indeß nicht die Meinung ist, daß sämmtliche einzelne dort aufgeführte Momente neben einander dargethan werden mußten: der Beweis ist vielmehr über die dort gegebene Erzählung in dem Sinne nachgelassen, daß es nach geschlossenem Beweisverfahren zur Beurtheilung des Richters stehen wird, ob die in Gewißheit gesetzten thatsächlichen Momente genügenden Grund für die Annahme gewähre, daß Kläger bona fide nicht der Meinung sein konnte, Beklagter sei damit einverstanden, daß er ohne vorgängige Zahlung des Kaufgeldes die Pferde in Besitz nehme.

Die nur in äußerster Eventualität aufgestellte Beschwerde darüber, daß nicht die Einleitung einer Untersuchung wider den Kläger verfügt und bis zu deren Entscheidung die gegenwärtige Rechtssache sistirt worden sei, findet durch die auf grav. II. zu ertheilende reformatorische Entscheidung von selbst ihre Erledigung und bedarf es daher keines Eingehens auf die Materialien jenes, übrigens völlig grundlosen Verlangens.

Bremen. 59.

Johann Bummerstedt zu Bremen, Kläger, wider **Carl Ferdinand Lübbing** daselbst, Beklagten, Auseinandersetzung wegen einer Societät betreffend.

1) Schriftlichkeit der Verträge. Zur Interpretation der l. 17 C. de fide instrumentorum (4, 21).*)

2) Ist in der vorigen Instanz neben einer weitergehenden principalen Beschwerde ein eventuelles Gravamen aufgestellt worden, so kann in höherer Instanz eine über dies eventuelle Gravamen hinausgehende weitere Beschwerde nicht erhoben, vielmehr muß angenommen werden, daß der Appellant in voriger Instanz eine andere und erweiterte Eventualität, als die damals von ihm ins Auge gefaßte, selbst nicht gewollt hat.

Rechtsfall. Die Parteien sind über die Auseinandersetzung eines früher gemeinschaftlich betriebenen Bau-Speculationsgeschäfts in Differenzen gerathen, und die Klage ist, gestützt auf die Behauptung, daß man sich über die einzelnen Punkte der Separation geeinigt und verabredet habe, der Notar Oelrichs solle darüber das entsprechende Document aufsetzen, nun dahin gerichtet, daß Beklagter schuldig erkannt werde, den Vergleich, wie ihn Kläger näher angegeben, anzuerkennen und die vom Kläger vorgelegte Oelrichs'sche Urkunde zu unterzeichnen, überdies Documente und Belege herauszugeben u. s. w. Auf diese weiteren Beantragungen kommt es für jetzt nicht an.

Das Obergericht erkannte am 2. November 1868, Kläger habe zu beweisen:

daß er sich mit dem Beklagten über die zwischen ihnen bestehenden Differenzen auf die in der Klage oder in dem

*) Vergl. hierzu Bd. 2 S. 906 ff.

Oelrichs'schen Entwurfe angegebenen Weise auseinandergesetzt habe,

und

daß zwischen ihm und dem Beklagten verabredet worden, daß über diesen Vergleich eine von den Parteien zu unterzeichnende Urkunde durch den Notar Oelrichs aufgesetzt werden solle;

oder

daß er, der Kläger, mit Beklagtem übereingekommen sei, daß der von Ersterem producirte Oelrichs'sche Entwurf von ihnen unterzeichnet werden solle.

In revisoris ward dies Erkenntniß am 21. Januar 1869 mit der einzigen Abänderung vom Obergerichte bestätigt:

daß Beklagtem gegen den zweiten Beweissatz speciell der Gegenbeweis nachzulassen sei, Kläger selbst habe die Unterzeichnung des fraglichen Entwurfs abgelehnt.

Das Ober-Appellations-Gericht confirmirte das vorige Urtheil unter dem 24. Juni 1869, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Der Beklagte sucht

I. das in voriger Instanz aufgestellte, gegenwärtig wiederholte Principal-Gravamen, daß nicht der Kläger mit seiner Klage gänzlich abgewiesen worden sei, dadurch zu begründen, daß, wie Letzterer selbst schon in seiner Klage angegeben habe, einer getroffenen Abrede gemäß, über die am 13. Januar 1868 unter den Parteien verabredete Auseinandersetzung eine Urkunde von dem Notar Dr. Oelrichs habe entworfen und demnächst von den Parteien unterzeichnet werden sollen. Hiernach falle die vorliegende Sache unter die Vorschrift der L. 17 Cod. de fide instrumentorum, so daß die Perfection des Vereinbarten abhängig geworden sei von der Vollziehung des Documents, bis zu welcher jeder Theil von dem nur vorläufig Verabredeten sich habe lossagen können.

Gesetzt, dem Beklagten wäre bei der von ihm vertretenen Auslegung und hier zu machenden Anwendung der L. 17

beizustimmen, so würde doch eine Abweisung des Klägers nicht eintreten können, da demselben jedenfalls die zweite Alternative des vom Obergerichte formulirten zweiten Beweissatzes („daß der Kläger mit dem Beklagten übereingekommen sei, der Oelrichs'sche Vertrags=Entwurf solle von ihnen unterzeichnet werden") frei bleiben müßte. Es hatte indessen auch bei dem ersten Beweissatze, daß der Kläger sich mit dem Beklagten über die bestehenden Differenzen auf die in der Klage oder auf die im Oelrichs'schen Entwurfe angegebene Weise verglichen habe, sein Verbleiben zu behalten, da die L. 17 nicht entgegen steht. Sollte nämlich eine perfecte Vereinbarung zwischen den Parteien, abgesehen von der späteren oder Neben=Beredung einer zu errichtenden Vertragsurkunde, wirklich zu Stande gekommen sein, so würde die vorgedachte Beredung den an sich perfect gewordenen Vertrag aufzuheben nicht vermocht haben.

Wie das Ober=Appellations=Gericht schon früher in einer Frankfurter Sache:

Ebner c. Hartfus Erben vom 15. October 1842,

ausgesprochen hat, kommt es bei der Anwendung des Grundsatzes der L. 17 vor Allem auf die Absicht der Parteien an, da jene Vorschrift nicht etwa ein Prohibitivgesetz ist, gegen welches der Contractwille der Parteien zurücktreten müßte. Hiernach würde, wenn klägerischerseits nachgewiesen werden könnte, daß die Parteien sich schon durch das mündlich Vereinbarte oder durch die Unterzeichnung der ausgetauschten Urkunden vom 13. Januar für gebunden geachtet hätten, der Inhalt des Verabredeten für klagbar erklärt werden müssen.

Eines weiteren Eingehens auf die der L. 17 zu Grunde liegende Absicht des Gesetzgebers bedarf es hiernach in gegenwärtiger Sache nicht. Uebrigens haben die höchsten Landesgerichte in neuerer Zeit in Uebereinstimmung mit dem Obigen sich ausgesprochen:

Wolfenbüttel 1855 (Seuffert, Arch. Bd. 8 S. 456),
Kiel 1858 (das. Bd. 12 S. 338),
Dresden 1858 u. 1860 (das. Bd. 12 S. 339 u. Bd. 16 S. 175).

Ob die erwähnten Urkunden an und für sich, oder doch in Verbindung mit dem Umstande, daß die Parteien — und zwar insbesondere auch der Beklagte — die wesentlichen Theile des Verabredeten demnächst zur Ausführung gebracht haben, ausreichend seien, um, falls beklagtischerseits kein Gegenbeweis geliefert würde, die Perfection des Verabredeten im oben angegebenen Sinne anzunehmen, muß späterer Entscheidung vorbehalten bleiben. Dagegen kommt es schon jetzt auf den beklagtischen Einwand an, die vom Kläger behauptete Vereinbarung vom 13. Januar eigne sich wegen der Unvollständigkeit ihres Inhaltes nicht zur Grundlage einer definitiven Auseinandersetzung, welche letztere doch unbestritten von den Parteien beabsichtigt worden ist. Dieser Einwand war für unbegründet zu achten. Der Beklagte hat nur unwesentliche Punkte als nicht verabredet oder als in die Urkunden vom 13. Januar nicht aufgenommen angegeben. Die von ihm speciell berührten Punkte, wie es mit den Miethen, den Hypothekschulden, den Zinsenzahlungen, den Lassungen und Unkosten zu halten sei, ergeben sich fast ohne Ausnahme aus den sonstigen Theilen des Abkommens von selbst. Und wäre dies nicht der Fall, so würde die alsdann anzunehmende Lücke nicht die Auflösung der im Uebrigen perfecten Vereinbarung zur Folge haben können, sondern, wenn Differenzen der Parteien über jene Punkte sich zeigten, so würden sie durch das richterliche Ermessen zu erledigen sein.

Die Behauptung des Beklagten, daß zwei Punkte der Verabredung vom Kläger in der Klage nicht angegeben, resp. in die Urkunden nicht aufgenommen worden seien, daß der Kläger die 150,000 Ziegelsteine nach dem beklagtischerseits bezeichneten Orte habe hinschaffen lassen, und gewisse auf dem Privathause des Beklagten ruhende Schulden habe übernehmen sollen, kann, wie von selbst einleuchtet, nur zu einem dem Beklagten nachzulassenden Beweise führen, der denn auch demselben von den früheren Richtern verstattet worden ist.

Mit der hier in Betracht gezogenen Principalbeschwerde steht die in gegenwärtiger Instanz neu aufgestellte Beschwerde

in Verbindung, daß nicht eventuell dem Kläger der Beweis aufgelegt worden sei, der mündliche Vertrag sei ohne die Bedingung geschlossen worden, derselbe solle erst durch die schriftliche Vollziehung gültig werden. Diese Beschwerde ist formell unzulässig. Der Beklagte hat in voriger Instanz der Principalbeschwerde, im Verhältnisse zu welcher die hier in Rede stehende Eventualbeschwerde an sich als ein minus angesehen werden könnte, mehrere eventualiter zu berücksichtigende Beschwerden folgen lassen, die hier in Betracht kommende indeß nicht vorgebracht. Das Ober-Appellations-Gericht hat aber beständig angenommen, daß der Appellationsrichter, wenn der Appellant bei seiner Beschwerdeführung auf eine Darlegung des eventualiter von ihm Beantragten eingegangen sei, sich an den Bereich der Anträge zu halten habe:

Kierulff, Samml. I. S. 1039, II. S. 876.

Uebrigens würde diese Beschwerde für materiell grundlos zu erklären sein, da der Kläger zwar die Perfection der geschlossenen Vereinbarung, nicht aber die Abwesenheit aller solcher Umstände, welche die Perfection denkbarer Weise hätten verhindern können, zu beweisen hat, und es andererseits dem Beklagten frei steht, das Vorhandengewesensein des in Rede stehenden Umstandes darzuthun.

II. Der Beklagte hat die zweite in voriger Instanz aufgestellte dahin lautende Beschwerde,

> daß nicht eventuell dem Kläger der fernere Beweis auferlegt worden sei, daß der Kläger, eventuell auch der Beklagte, kurz nach der Abfassung des Oelrichs'schen Vergleichs-Entwurfs, oder eventuell einige Zeit später, oder eventuell überhaupt vor der Klage, seine Zustimmung damit dem Kläger gegenüber erklärt habe,

auch in gegenwärtiger Instanz wiederholt. Der Sinn dieser Beschwerde scheint der zu sein, daß die Klage nur dann für begründet zu halten sein würde, wenn der Kläger alsbald nach der Vorlegung des Oelrichs'schen Entwurfs, mindestens noch vor der Klage, mit demselben sich einverstanden erklärt hätte. Dem Beklagten ist hierin nicht beizutreten. Gesetzt,

der Kläger hätte anfänglich gegen die eine oder die andere der von Oelrichs in Vorschlag gebrachten Vervollständigungen der Vereinbarung vom 13. Januar Einwendungen erhoben, so würde dies ihn nicht des Rechts verlustig machen, bei dem Inhalt der Vereinbarung zu verbleiben, auch, dieser letzteren entsprechend, und im Uebrigen den Umständen angemessen, das Abkommen in die Urkunde des Notars aufnehmen zu lassen, eventuell, unter Aufgebung seiner anfänglichen Monita, die Urkunde so, wie sie jetzt vorgelegt worden, seinerseits zu adoptiren.

In keinem Falle gehörte es zum Beweise des Klagegrundes, daß der Kläger sein Einverständniß mit dem Oelrichs'schen Entwurfe zu einer gewissen Zeit bekundet habe.

Unklar ist es, wie der Beklagte dazu gelangt, in der eben angegebenen Beschwerde eine Beweisauflage an den Kläger dahin zu beantragen, daß er, Beklagter, sein Einverständniß mit dem Oelrichs'schen Entwurf bekundet habe. Selbstverständlich liegt es dem Kläger ob, diesen Beweis dann zu liefern, wenn es auf die zweite Alternative des zweiten Beweissatzes ankommen sollte (daß Kläger mit dem Beklagten übereingekommen sei, der Oelrichs'sche Entwurf solle von den Parteien unterzeichnet werden). Dagegen kommt es, wenn der Kläger die Perfection der Verabredung vom 13. Januar erweisen sollte, auf jenen Umstand überall nicht an. Hätte der Beklagte sich von Anfang an geweigert, das Oelrichs'sche Document zu vollziehen, so würde er dennoch, falls er keine begründete Einwendungen gegen dessen Correctheit vorzubringen vermocht hätte, verpflichtet gewesen sein, dasselbe zu vollziehen; in keinem Falle hatte aber die Vereinbarung vom 13. Januar, wenn an sich perfect, dadurch außer Kraft gesetzt werden können.

III. Das dritte Gravamen des Beklagten enthält drei Punkte. Derselbe verlangte, und resp. verlangt noch jetzt,

1) daß ihm, dem Beklagten, der Beweis nachgelassen werde, der Kläger habe den Oelrichs'schen Entwurf abgelehnt.

Diesem Verlangen ist durch die obergerichtliche Reformation entsprochen worden.

2) Der Beklagte will, daß ihm der Beweis gestattet werde, der Kläger habe jeden Vergleich abgelehnt.

Dieser Antrag kann nur in dem Sinne Bedeutung haben, daß der Kläger überhaupt die Basis der Vereinbarung vom 13. Januar aufgehoben habe. Wäre dies geschehen, so wäre ohne Zweifel die Klage hinfällig. An einer dahin gehenden beklagtischen Behauptung fehlt es aber in erster Instanz gänzlich.

3) Der Beklagte verlangt einen Beweisnachlaß für sich in Betreff des Umstandes, daß der Kläger einen anderen Vergleichsentwurf als den Oelrichs'schen, vorgelegt und dessen Vollziehung beantragt habe.

Das hier von dem Beklagten angegebene Factum ist, wie schon aus der oben dargelegten Unpräjudicirlichkeit etwaiger klägerischer Einwendungen gegen den Oelrichs'schen Entwurf erhellt, irrelevant. In keinem Fall kann es dem Kläger für die erhobene Klage entgegenstehen, wenn er, nachdem der Beklagte den Oelrichs'schen Entwurf zurückgewiesen hatte, eine gütliche Hinlegung der Differenzen durch neue Vorschläge herbeizuführen versuchte.

IV. Das vierte Gravamen, durch welches der Beklagte eine umfänglichere Fassung des ihm vom Obergerichte in Betreff der Privathausschulden nachgelassenen Beweises zu erlangen gesucht hat, wird durch den vom Obergerichte angeführten Umstand, daß der Beklagte nur gewisse speciell angegebene Schulden als von dem Kläger übernommen in erster Instanz bezeichnet hat, als grundlos nachgewiesen.

60. Hamburg.

Louis Bock & Sohn zu Hamburg, Kläger, wider **N. M. Sellmar** daselbst, Beklagten, Forderung, nunmehr geführten Beweis betreffend. (App. II).

Die streitigen Thatsachen, sowie die rechtskräftigen Beweisauflagen sind aus der Darstellung Bd. III. № 55 zu ersehen. In Betreff des weiteren Ganges der Sache ist zu bemerken, daß das Ober-Appellations-Gericht unterm 24. Juni 1869 eine theilweise reformatorische obergerichtliche Entscheidung lediglich unter Bezugnahme auf deren Gründe bestätigt hat. Es genügt hier daher, Nachstehendes anzuführen. Das Obergerichts-Erkenntniß vom 19. Februar 1869 hatte das auf Beweisführung erlassene Niedergerichts-Erkenntniß zwar, insofern es den a. a. O. erwähnten zweiten Beweis für geführt erklärte, bestätigt, im Uebrigen aber wieder aufgehoben, und den den Klägern auferlegten ersten Beweis in seiner ersten Alternative bis auf die reservirte Eidesdelation und in seiner zweiten Alternative bis auf den vom Beklagten abzuleistenden Reinigungseid, daß er eine Berechtigung der Kläger auf Benutzung der Speicher-Winde nicht anerkannt habe, für verfehlt erklärt. Die klägerische Beweisführung habe sich auf die erste Alternative überall nicht erstreckt, und ebensowenig auf die von den Klägern im ersten Verfahren aufgestellte Behauptung, daß sie den Beklagten, ohne einen Widerspruch desselben zu erfahren, aufgefordert hätten, die durch das stattgehabte Feuer zerstört gewesene Winde baldigst wiederherstellen zu lassen, widrigenfalls sie ihre Miethezahlung zurückhalten würden. Die Depositionen der klägerischen Zeugen ließen keineswegs nothwendig auf eine beklagtische Anerkennung eines klägerischen Rechts auf Benutzung der fraglichen Speicherwinde schließen, nämlich: daß mehrfach, wenn die zum Speicher führende Thür früh Morgens noch verschlossen gewesen, ihrerseits der Schlüssel zu jener Thür für

die Kläger in dem Hause des Beklagten abgefordert worden sei, worauf sodann der beklagtische Hausknecht gekommen und die Thür geöffnet habe; und daß mehrfach eine Benutzung jener Winde ihrerseits vor den Augen des Beklagten stattgefunden habe. Denn die Abforderung des Schlüssels sei nie an den Beklagten persönlich gerichtet worden, so daß, selbst wenn das Verlangen des Schlüssels in einer Weise ausgesprochen wäre, welche die Meinung, daß den Klägern ein Recht auf die dadurch zu ermöglichende Benutzung der Winde zustehe, bekundet hätte, doch nicht erhelle, daß diese Fassung des Verlangens zur Kenntniß des Beklagten gelangt wäre, und ihn zu einem Widerspruch oder einer Rechtsverwahrung hätte veranlassen müssen; der Umstand, daß thatsächlich dem Verlangen der klägerischen Leute entsprochen ward, würde schon darin seine Erklärung finden, daß die Thür des Speichers ohnehin regelmäßig des Morgens geöffnet ward, sowie darin, daß der Beklagte, wiewohl ohne seinseitige rechtliche Verpflichtung, bereit sein mochte, den Klägern eine Benutzung der Winde zu gestatten. Aus demselben Gesichtspunkt beklagtischer Gefälligkeit lasse es sich erklären, wenn der persönlich gegenwärtige Beklagte die Benutzung der fraglichen Speicherwinde durch die Leute der Kläger habe geschehen lassen.

Hamburg. 61.

C. W. Strohfahl Wwe., nunmehr **J. W. Sasse** zu Cuxhaven uxor. nom. derselben, Provocant, wider **H. Waller, Bartholds Sohn** daselbst, Namens seiner Ehefrau geb. **Strohfahl**, Provocat, Forderung betreffend.

Subsidiarität der Provocation ex leg. diffam.

Der verstorbene Ehemann der Provocantin hatte in einer letztwilligen Verfügung bestimmt, daß nach seinem Tode

seine Wittwe, so lange sie lebe und unverheirathet bleibe, im Besitz und Genuß des Gesammtvermögens verbleiben solle, daß sie aber in dem (eingetretenen) Falle einer Wiederverheirathung nur von dem dann vorhandenen Vermögen gesetzlich abzutheilen habe, bei welcher Abtheilung sie vorweg den Betrag einer Lebensversicherung von 2000 ℛ Pr. für sich behalten solle. Die Provocantin entwarf nun auf Grund eines errichteten Inventars einen Abtheilungsplan, nach welchem dem Provocaten als Einem der drei nächsten Verwandten ihres ersten Ehemannes 284 ℔ Ct. zukommen sollten. Hiergegen sprach der Provocat die Ueberzeugung aus, daß dies weniger sei, als ihm gebühre, und behielt sich vor, die Sache seinerseits zum gerichtlichen Austrage zu bringen. Die Provocantin glaubte nun, nachdem sie die zugestandene Summe beim Amt zu Ritzebüttel deponirt hatte, Ersteren ad agendum provociren zu dürfen, und stellte demgemäß einen gerichtlichen Antrag. Der Provocat bestritt die Zulässigkeit der Provocation. Dieselbe sei ein subsidiäres Rechtsmittel, nach constanter hamburgischer Praxis nur zulässig, falls das mittelst derselben verfolgte Ziel durch Erhebung einer Klage sich gar nicht erreichen lasse. Hier aber stehe der Provocantin unzweifelhaft eine Klage auf Anerkennung ihres Abtheilungsentwurfes und auf Quittungsertheilung zu.

Das Amtsgericht Ritzebüttel wies durch Erkenntniß vom 24. November 1868 Provocation ab. Die abtheilungsberechtigten Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten hätten nicht einen nur persönlichen Anspruch, sondern auf den Nachlaß die Rechte von Miterben:

> vergl. Erkenntniß des O.-A.-G. in S. Sengelmann w. Sengelmann in Gries Comment II. S. 290—92,

so daß die Provocantin, wenn sie bei der vorzunehmenden Abtheilung der Verwandten ihres verstorbenen Ehemannes ihrer Ansicht nach ungerechtfertigten Ansprüchen derselben begegnete, die Wahl habe, entweder die Anstellung der Erbtheilungsklage Seitens der Verwandten gegen sie abzuwarten, oder selbst durch Anstellung dieser Klage die Auseinander-

setzung herbeizuführen. Nach der subsidiären Natur der Provocation habe sie nicht den Gegner zur Klage aufzufordern, sondern selbst zu klagen gehabt.

Das Obergericht hob diesen amtsgerichtlichen Bescheid durch Erkenntniß vom 23. Februar 1869 auf, und erklärte die Provocantin zu der von ihr angestellten Provocation für berechtigt. Im vorliegenden Falle komme es nicht darauf an, welche Rechte den nächsten Verwandten eines kinderlos und ohne Hinterlassung eines Testaments verstorbenen Ehemannes gegenüber der Wittwe desselben an dem Nachlasse zuständen, indem der verstorbene Ehemann ein Testament hinterlassen habe, und hiernach die Wittwe zu einer Theilung des ursprünglichen Nachlasses und mithin zu einer eigentlichen Erbtheilung mit den Verwandten überall nicht verpflichtet erscheine, mithin auch eine Erbtheilungsklage wider dieselben nicht erheben könne, andrerseits aber auch den Verwandten kein Intestaterbrecht an dem Nachlasse des Strohfahl, sondern nur auf Grund des Testaments für den Fall der Wiederverheirathung der Wittwe ein eventueller Anspruch auf Auskehrung eines Theiles des dann vorhandenen Vermögens zustehe, welcher rein persönliche Anspruch der Verwandten aber ein dingliches Recht an dem Vermögen nicht ohne Weiteres verleihe.

Das Ober-Appellations-Gericht stellte durch Erkenntniß vom 29. Juni 1869 den amtsgerichtlichen Bescheid wieder her, aus nachstehenden Gründen:

Auszugehen ist bei der Entscheidung des vorliegenden Streites von dem Rechtssatze, daß die in Rede stehende Provocation eine subsidiäre Natur hat, indem sich das Ober-Appellations-Gericht seiner früheren Ansicht gegenüber:

> L. Gewandtschneider w. Tuchmacher, Februar 1826 (Bruhn, Samml. Bd. 1 S. 175 med. bis S. 177),

hierfür in einer späteren Entscheidung:

> F. Römer w. Fiscus, Octbr. 1850 (Römer, Samml. Bd. 2 № 193; im Auszug bei Seuffert 3, 385).

ausgesprochen und diese Auffassung auch später:

H. Menke w. Fränkel, Juni 1866 (Kierulff, Samml. Bd. 2 S. 449 № 3),

Lobbe w. Mosel, 8. Mai 1869,

bei seiner Rechtsprechung befolgt hat. Da sich nun das Ober-Appellations-Gericht in diesem Punkte mit der Rechtsprechung der Localgerichte in Einklang befindet, so bedürfte die von dem Provocanten noch in gegenwärtiger Instanz behauptete entgegengesetzte Ansicht, welcher eine weitere Begründung nicht beigefügt ist, eine Widerlegung nicht.

Es kommt sonach darauf an, ob der Provocant im Stande ist, mittelst Erhebung einer selbstständigen Klage seine Auseinandersetzung mit dem Provocaten herbeizuführen.

Nun bedarf es zwar in Betreff der in erster Instanz genannten Klage auf Ertheilung einer Quitung nur der Bemerkung, daß eine Klage auf Annahme einer Zahlung und Ertheilung einer Quitung über dieselbe in den Rechten nicht vorkommt. Und ebensowenig existirt zwischen dem Erben und einem Legatar in Ansehung des vermachten Gegenstandes eine Gemeinschaft, so daß, wie Provocat in jetziger Instanz ausführt, von dem Standpunkte des Obergerichtes aus, welches die Ehefrau des Provocanten als Erbin, und den Provocaten als Vermächtnißnehmer auffaßt, die Theilungsklage das zutreffende Rechtsmittel wäre. Nur dieser hat aus dem durch die Erbesantretung entstehenden Quasicontract die persönliche Klage aus dem letzten Willen; der Belastete keine Klage. Es fragt sich daher, ob nach dem vorliegenden Inhalt des Testamentes die Ehefrau des Provocanten sich als Erbin, und die des Provocaten als Vermächtnißnehmerin darstellt. Nun würde zwar von dem Standpunkt des gemeinen Rechtes kein Zweifel darüber obwalten können, daß die in dem vorliegenden gegenseitigen Testament dem überlebenden Ehegatten gegebene höchst umfangreiche Befugniß, über das Gut des Verstorbenen nach freiester Willkür zu verfügen, sich als eine Erbeseinsetzung ex asse auffassen ließe. Und ebenso würde an sich der Anordnung

eines Vermächtnisses nichts entgegenstehen, dessen Auflage an eine Wiederverheirathung des Ueberlebenden geknüpft wäre, und dessen Betrag dem Nettoertrage entspräche, welchen gewisse Verwandte zu beziehen haben würden, wenn sie zu gedachtem Zeitpunkte sich mit dem Erben in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften in den alsdann vorhandenen Nachlaß zu theilen berufen wären.

Allein eine derartige Auffassung des Testamentes entspricht weder dem Geiste des hamburgischen Rechtes, noch der Composition dieses letzten Willens, noch insbesondere den Worten desselben auf pag. 2. „Bei einer Wiederverheirathung soll der Längstlebende mit den Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten von dem, bei der Wiederverheirathung vorhandenen Vermögen gesetzlich abtheilen." Diese, wie der Gesammtinhalt des Willens, deuten vielmehr darauf hin, daß die testirenden Ehegatten sich zunächst die Rechtsverhältnisse vergegenwärtigt haben, welche eingetreten wären, wenn sie ohne letztwillige Verfügung versterben würden. Die Ehe war damals unbeerbt. Wäre sie eine beerbte geworden, so würde ohne letztwillige Verfügung der überlebende Ehegatte mit den Kindern die Gemeinschaft fortgesetzt haben. Dieses gesetzliche Verhältniß soll für den Fall, daß noch Kinder geboren würden, unberührt fortbestehen. Die deßfallsige Verfügung wird aber, als die vielleicht weniger wahrscheinliche, nicht an die Spitze des Testaments gestellt. Die Ehegatten fassen vielmehr zunächst den Fall der unbeerbten Ehe ins Auge, einen Fall, in welchem ohne letztwillige Verfügung der Ueberlebende mit den Verwandten des Verstorbenen in Gemäßheit des Statuts abzutheilen verpflichtet gewesen wäre. Diese Abtheilung, beziehungsweise Theilung sollte bis zur Wiederverheirathung oder den Tod des Längstlebenden hinausgeschoben werden. Der Letztere sollte bis dahin völlig freie Dispositionsbefugniß nach dem Tode des Gatten über das beiderseitige Vermögen erhalten, der Frau und deren Verwandten aber der Betrag einer Lebensversicherung als Präcipuum jedenfalls zukommen. Diese Absicht

wurde am einfachsten in der aus dem Testamente hervorgehenden Weise erreicht. Sie schließt sich also, in Uebereinstimmung mit der in den betreffenden Kreisen lebenden Rechtsanschauung, an die gesetzliche Erbfolge auf das Engste an, und enthält nur die nach den gegebenen Verhältnissen wünschenswerthen Modificationen. Auch hat die umfassende Befugniß, welche dem Ueberlebenden in Betreff der Substanz des Vermögens ertheilt wird, nicht die Bedeutung, daß er um deßwillen als alleiniger Erbe betrachtet werden müßte, und zwar um so weniger, als dem hamburgischen Rechte der Begriff eines heres fremd ist. Die rechtliche Anschauung des vorliegenden Testamentes läßt sich also für den nunmehr eingetretenen Fall nur dahin fixiren, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Mannes in seinem bisherigen Zustand, wiewohl mit freiestem Verfügungsrecht der Gattin verbleiben, für den Fall ihrer Wiederverheirathung aber das alsdann vorhandene Vermögen, unter Abzug des Lebensversicherungs-Betrages, mit den Verwandten des Verstorbenen gesetzlich abgetheilt werden sollte: kurz, die Anordnung einer testamentarischen an eine aufschiebende Bedingung geknüpften, mit einem Vermächtniß verbundenen, der gesetzlichen entsprechenden Erbfolge. Ist aber dies der richtige Gesichtspunkt, so läßt sich nicht absehen, weßhalb die von dem Ober-Appellations-Gericht in dem mehrfach angezogenen, bei Gries, Comment. 2, S. 290 bis 292 abgedruckten, Falle niedergelegten Rechtsgrundsätze nicht auch hier zur Anwendung kommen sollten. Dem Provocanten steht also Namens seiner Ehefrau, wie von dem Amtsgericht mit Recht bemerkt, zur Aufhebung der Gemeinschaft mit dem Provocaten, welcher die Eigenschaft eines Miterben besitzt, die Erbtheilungsklage zu; die Provocation muß also abgewiesen und der Beklagte in die dadurch veranlaßten Kosten verurtheilt werden.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

freien Hansestädte

zu Lübeck.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der freien Hansestädte.

Band V.

Jahrgang 1869.

Mit Namen- und Sach-Register.

Lübeck.

Ferdinand Grautoff.

1871.

Sammlung der Entscheidungen

des

Ober-Appellationsgerichts

der

freien Hansestädte

zu Lübeck.

Herausgegeben

von

Dr. J. F. Kierulff,

Präsident des Ober-Appellationsgerichts der freien Hansestädte.

Jahrgang 1869.

3. u. 4. Heft.



Lübeck.

Ferdinand Grautoff.

1871.

Hamburg. 62.

Dr. C. B. Banks zu Hamburg, Kläger und Adcitant, wider **Dr. Zumbach** daselbst, Beklagten und Adcitaten zur Sache des Ersteren wider **J. C. Schroeder**, wegen Wechselforderung, jetzt Zuständigkeit des Handelsgerichts in der Adcitationssache betreffend.

Das lediglich die Zuständigkeit des Handelsgerichts betreffende Erkenntniß des Obergerichts vom 26. Febr. 1869 ward vom Ober-Appellations-Gericht unterm 6. Juli ds. Js. bestätigt,

in Erwägung:

daß der dritte Befehlsträger an sich, und abgesehen von einem sonstigen zwischen ihm und dem Impetranten obwaltenden Rechtsverhältniß, nur zu einer vollständigen Darlegung der Forderung des Impetraten, und, wenn erfordert, zur eidlichen Bestärkung seiner Angaben verbunden erscheint,

H. Garbens w. Israel Joseph, Juni 1861 (Gerichtszeit. S. 39 f.);

daß jener ersten Anforderung von dem Befehlsträger bereits ausreichend entsprochen und die dem Impetranten bezüglich der adcitatischen Angabe vorbehaltenen Zuständigkeiten nur in einem etwaigen Antrag auf eidliche Erhärtung bestehen konnten;

daß insbesondere eine Erörterung und Entscheidung der Frage, ob nach Maßgabe der vorgetragenen Thatumstände der Befehlsträger für Impetraten Nichts in Händen habe, oder ob das unter Jenem befindliche Depositum zur Verfügung des Letzteren, beziehungsweise des Impetranten stehe,

zwischen diesem und dem Befehlsträger auf Grund der Arrestanlage nicht verlangt werden kann;

daß mithin zu dem Ende in der von dem Impetranten erhobenen Klage die Bezugnahme auf das Einweisungserkenntniß vom 7. October nothwendig war, indem die in solchem enthaltene Cession das Fundament der wider den Beklagten verlangten Verurtheilung bildet;

daß aber der Cessionar verbunden ist, den abgetretenen Schuldner in dessen Gerichtsstand zu belangen, indem, da das den Gegenstand der Hülfe bildende Obligationsverhältniß nicht vor das Handelsgericht gehört, von dessen Zuständigkeit überall nicht die Rede sein kann, weil eine materielle Connexität zwischen dieser und der Wechselsache nicht existirt;

daß endlich die von dem Obergericht am 21. December 1868 erfolgte Bestätigung eines Handelsgerichts-Erkenntnisses vom 18. November in Sachen Hinsch cur. von Egenhusen w. Dr. Banks, welche mit der vorliegenden Sache eine gewisse Aehnlichkeit hat, der gegenwärtigen Entscheidung nicht widerstreitet, indem der Adcitat Hinsch nur zur Darlegung des Forderungsverhältnisses verurtheilt und dem Adcitanten wegen Erhebung des Deponendi ꝛc. die betreffenden Gerechtsame vor dem zuständigen Gericht vorbehalten sind.

---

63. Bremen.

Gruner & Heye zu Bremen, Kläger, wider die **Assecurantie Compagnie te Amsterdam de 1771,** vertreten durch ihren Generalagenten **Friedrich L. Becker,** Beklagte, Feuer-Assecuranz betreffend.

Auslegung einer Clausel in einer Police über Feuer-Assecuranz.

Rechtsfall. Bei Gelegenheit einer am 22. Juni 1868 in Bremen stattgehabten Feuersbrunst waren auch zwei Ge-

bäude mit den darin befindlichen Waaren niedergebrannt, in welchen sich große den Klägern gehörige Quantitäten Baumwolle befunden hatten. Die Kläger hatten nun auf solche Waaren unter näherer Angabe des Lagerungsortes Versicherung bei verschiedenen Assecuranz-Gesellschaften genommen, u. A. auch bei der Moguntia, und waren außerdem bei der jetzt verklagten Gesellschaft zu einem Belaufe von 130,000 ℳ generell für ihre „sämmtlichen unter ihnen lagernden Waaren" versichert, welche nicht anderweitig speciell versichert sein würden.

Die oben erwähnte Moguntia, gegen welche die Kläger ihren Schaden einklagten, machte geltend, daß auch die Beklagte pro rata zur Erstattung des Schadens herbeigezogen werden müsse, da die Kläger auch bei der gedachten Gesellschaft versichert gewesen seien. Dies Verlangen hat allem Anscheine nach Veranlassung zu dem vorliegenden Rechtsstreit gegeben, indem die Kläger, um sich für alle Fälle zu sichern, nicht nur gegen die Moguntia unter dem Vorbehalt, daß falls sie in dem gegenwärtigen Processe obsiegen würden, eine pro rata Ermäßigung der klägerischen Forderung eintreten solle, Klage erhoben, sondern auch gleichzeitig ihren Anspruch gegen die jetzige Beklagte verfolgten. Die Moguntia ist, wie dies aus der Entscheidung in der nächstfolgenden Nummer zu ersehen, rechtskräftig verurtheilt, während die vorliegende Klage vom Handelsgerichte am 15. Oct. 1868 abgewiesen, diese Entscheidung auch vom Obergericht am 4. Febr. 1869 und vom Ober-Appellations-Gericht am 12. Juli 1869 bestätigt ist.

Die Entscheidungsgründe des letztgedachten Erkenntnisses, aus denen der Streitpunkt ohne Weiteres zu erkennen ist, lauten wie folgt:

Die Entscheidung der früheren Richter, daß die Kläger nicht berechtigt seien, wegen des Feuerschadens, welchen sie an für ihre Rechnung in den Packhäusern „hinter dem Stephanikirchhof № 24/25" und „№ 26" gelagert gewesenen Waaren am 22. Juni 1868 erlitten haben, neben anderen Versicherungs-Gesellschaften auch die beklagtische (Amster-

damer) Assecuranz-Compagnie in Anspruch zu nehmen, war zu bestätigen.

Während die betheiligten anderen Versicherungs-Gesellschaften — die Mainzer Moguntia, die Dresdener Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, die Schlesische Feuer-Versicherungs-Gesellschaft, der Frankfurter Deutsche Phönix und die Triester Riunione Adriatica di Sicurta, — in gewöhnlicher Weise und ohne besonderen Vorbehalt auf die in den oben genannten Packräumen lagernden Waaren, unter Angabe des Lagerungsortes, gezeichnet hatten:

> (Moguntia) „auf Waaren, lagernd in dem Packhause hinter Stephanikirchhof № 24/25;"
>
> (Dresden) „auf Waaren, in dem zu Bremen hinter Stephanikirchhof № 24/25 belegenen Packhause;"
>
> u. s. w.

ist die von der Amsterdamer Gesellschaft geleistete Assecuranz ohne nähere Ortsbezeichnung und außerdem mit einem besonderen, die Ersatzpflicht bedingenden Vorbehalt übernommen worden. Die Policen der letztgenannten Versicherungs-Gesellschaft lauten nämlich (allgemein) auf

> „Waaren in Bremen in Gebäuden und im Freien lagernd,"

und es ist in den gezeichneten Policen hinzugefügt worden,

> „die übernommenen Versicherungen sollten sämmtliche Waaren decken, welche unter den Klägern lagerten und nicht anderweitig speciell versichert seien."

Wenn ungeachtet dieser Verschiedenheit der von den übrigen Assecuranz-Gesellschaften und der von der Beklagten geleisteten Versicherungen die Kläger eine Mitverhaftung der Beklagten neben den ersteren in der gewöhnlichen im Assecuranzrecht begründeten Weise geltend zu machen suchen, obschon jene eine, den gesammten an Waaren in den genannten Lagerräumen vorhanden gewesenen Werth übersteigende Versicherungssumme gezeichnet haben, so ist dies schon auf Grund des Wortlautes der Policen-Clausel, jedenfalls in

Folge der über deren Veranlassung und Zweck von beiden Theilen im Processe gemachten Angaben, völlig grundlos.

Der durch die Worte der Policen-Clausel: „Waaren, welche nicht anderweitig speciell versichert sind," zu den in dieser Richtung vorbehaltlos gezeichneten übrigen Policen bewirkte Gegensatz tritt von selbst hervor. Lautete jene Clausel „auf Waaren, welche nicht anderweitig versichert sind" (ohne das Wort „speciell") so würde der Eintritt der beklagtischen Schadensersatz-Verbindlichkeit nur in dem Falle angenommen werden können, wenn die betreffenden Waaren überhaupt anderweitig unversichert gewesen wären. Dabei bliebe freilich eine Incorrectheit des Ausdrucks übrig. Denn da, wie die Beklagte selbst angegeben hat, sie nicht etwa nur dann haften sollte und wollte, wenn für keinen Theil der in Bremen lagernden und durch Feuerschaden betroffenen klägerischen Waaren anderweitige Versicherung bestand, sondern auch dann, wenn ein Theil versichert war, die Versicherung aber nicht den gesammten gefährdeten Werth deckte — in welchem Falle die Beklagte für den ungedeckten Theil einzutreten hatte — so war die Fassung „nicht anderweitig versichert" nicht zutreffend, ohne daß jedoch dies bei dem Einverständniß der Contrahenten über den vorbemerkten Punkt, wenn es auf denselben angekommen wäre, Bedeutung hätte haben können. Es kommt dann weiter auf die dem Worte „speciell" beizulegende Bedeutung an, („welche nicht anderweitig speciell versichert sind.") Nun würde es, wie schon die früheren Richter bemerklich gemacht haben, etwas durchaus Unzweckmäßiges und Unnatürliches sein, wenn ein Kaufmann in der Absicht, sich für seinen Geschäftsbetrieb gegen Feuersgefahr auf gewisse in der Zukunft liegende Zeitabschnitte sicher zu stellen, auf bestimmte Species von Waaren oder gewisse specielle Genera derselben Versicherung nähme; wie denn solche Versicherungen, abgesehen von Veranlassungsgründen ganz besonderer Art, schwerlich jemals vorkommen. Demzufolge kann auf ein solches Verhältniß die mit der beklagtischen Gesellschaft geschlossene Police gegen-

sätzlich sich nicht bezogen haben, vielmehr kann es dabei nur auf die speciellere oder allgemeinere Versicherungsart angekommen sein, und darauf führt auch die Stellung des Wortes „speciell" hin („speciell versichert;" nicht „versicherte specielle Waaren"). Die „speciellere oder allgemeinere Versicherung" ergiebt sich denn auch deutlich aus der oben hervorgehobenen Verschiedenheit der entweder nur auf Waaren in gewissen Localitäten oder auf Waaren in irgendwelchen Localitäten geleisteten Versicherungen. Die oben genannten Compagnien (Moguntia und Genossinnen) hatten hiernach im Sinne der Amsterdamer Policen-Clausel speciell versichert; die in der Amsterdamer Police beurkundete Versicherung, als „auf Waaren in Gebäuden und im Freien lagernd" geleistet, war dagegen die allgemeine, und blieb, da hier eine den Werth der gefährdeten Waaren übersteigende anderweitige „specielle Versicherung" bestand, wegen Nicht-Eintritts der Bedingung unwirksam.

Wäre noch ein Zweifel an der Richtigkeit dieser Auffassung übrig, so würde derselbe durch die in der vorliegenden Sache von den Parteien gemachten Angaben beseitigt werden. Nachdem nämlich die Beklagte in ihrer Vernehmlassung auf die Klage die von ihr übernommene Versicherung als in dem Sinne subsidiair geschlossen bezeichnet hatte, „daß sie, die Beklagte, nur in Anspruch habe genommen werden sollen, wenn der Werth der durch Brand verloren gegangenen Waaren die darauf bei anderen Gesellschaften versicherten Summen übersteige," haben die Kläger sich im Wesentlichen damit übereinstimmend ausgesprochen, indem sie dahin sich erklärt haben, „ihre, der Kläger, Absicht sei gewesen, durch die in Rede stehende, bei der Beklagten beantragte und demnächst geschlossene weitere Versicherung unter allen Umständen für allen und jeden Schaden gedeckt zu werden, so weit derselbe nicht durch die anderen Policen gedeckt sein werde." Freilich erklärten sich die Kläger ignorando darüber, ob sie des Wortes „subsidiair"

bei der Verhandlung über den Assecuranzabschluß mit der Beklagten sich bedient hätten, allein die Benutzung dieses Wortes war, wie von selbst einleuchtet, nicht erforderlich, wenn nur, wie dies nach den obigen Erklärungen beider Theile angenommen werden muß, die Contrahenten darüber einig waren, daß die Beklagte nicht in erster und gleicher Linie neben und mit den anderen Versicherern, sondern erst in zweiter Linie nach den Versicherern, welche auf Waaren, in speciell bezeichneten Localitäten belegen, gezeichnet hätten, haften sollte.

Nach den angegebenen Erklärungen der Kläger bedarf es für die gegenwärtige Sache eines Eingehens auf die Argumente nicht, welche in der gleichzeitig an das Ober-Appellations-Gericht gelangten Sache der Kläger gegen die Moguntia von dieser Letzteren gegen die obige Auffassung vorgebracht worden sind.

Bremen. 64.

Gruner & Heye zu Bremen, Kläger, wider die Versicherungs-Gesellschaft **Moguntia** zu Mainz, vertreten durch deren General-Agenten **H. Dohrmann** zu Bremen, Beklagten, Feuer-Assecuranz betreffend.

Bei Erwähnung des Rechtsfalles der vorstehenden № 63 ist bereits bemerkt worden, daß die Beklagte in einer von den Klägern gegen dieselbe auf Erstattung eines Feuerschadens gerichteten Klage den Einwand erhoben hatte, es müsse zur Haftung für den entstandenen Schaden auch die Assecurantie Compagnie pro rata herbeigezogen werden, wodurch denn der von der Beklagten zu erstattende im Uebrigen unbestrittene Betrag sich um diese pro rata Summe verringere.

Wie bereits erwähnt, ist die Assecurantie Compagnie von der Betheiligung an jenem Feuerschaden freigesprochen, und somit in dem jetzigen Processe die Verurtheilung der Beklagten erfolgt, vom Handelsgericht am 15. October 1868, vom Obergericht am 4. Februar 1869, und vom Ober-Appellations-Gericht durch Erkenntniß vom 12. Juli 1869, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Die Entscheidung der früheren Richter, daß die Kläger berechtigt seien, die Beitragspflicht der beklagtischen Gesellschaft zur Tragung des Feuerschadens, welchen sie am 22. Juni 1868 an den für ihre Rechnung in dem Packhause „hinter dem Stephanikirchhof № 24/25" gelagert gewesenen Waaren erlitten haben, in Anspruch zu nehmen, ohne daß das Maß der beklagtischen Verbindlichkeit durch eine Mitbetheiligung der Amsterdamer Versicherungs-Gesellschaft (Assecurantie Compagnie te Amsterdam de 1771) verringert werde, war zu bestätigen.

Die auf den Restbelauf des der Beklagten, abgesehen von der fraglichen Mitbetheiligung der Amsterdamer Gesellschaft, zur Last kommenden Belaufes von 18,794 ℐ 8 gr. erhobene Klage ist an sich begründet und liquide. Es bildet mithin eine von Seiten der Beklagten zu begründende und eventualiter zu erweisende Einrede, daß ihre Haftungspflicht durch die Concurrenz jener Gesellschaft in dem angegebenen Maße gemindert sei. Der Inhalt der Acten führt jedoch darauf hin, daß jene Einrede, und zwar ohne daß es noch auf einen der Beklagten nachzulassenden Beweis ankäme, zu verwerfen sei.

I. Die Beklagte behauptet, die Amsterdamer Compagnie concurrire ausweise der von dieser gezeichneten, bei den Acten befindlichen Policen gleichmäßig mit der von ihr geleisteten Versicherung (sowie mit den unbestritten ebenso gestellten Versicherungen der Dresdener und der Schlesischen Versicherungs-Gesellschaft); während die Kläger die Haftungspflicht jener Gesellschaft als eine nur bedingte bezeichnen, deren Bedingung im vorliegenden Falle nicht eingetreten sei.

Während die beklagtische, die Dresdener und die Schlesische Gesellschaft in gewöhnlicher Weise und ohne besonderen Vorbehalt auf die in dem oben genannten Packhause lagernden Waaren, unter Angabe des Lagerungsortes, gezeichnet haben,

die Beklagte: „auf — Waaren lagernd in dem — Packhause hinter Stephanikirchhof № 24/25,

die Dresdener Gesellschaft: auf — Waaren in dem zu Bremen hinter Stephanikirchhof № 24/25 belegenen Packhause,

die Schlesische Gesellschaft: auf — Waaren lagernd im — Packhause hinter Stephanikirchhof № 24/25,"

ist die von der Amsterdamer Compagnie geleistete Assecuranz ohne nähere Ortsbezeichnung des Lagerplatzes der versicherten Waaren und mit einem besonderen, die Ersatzpflicht bedingenden Vorbehalt übernommen worden. Die Policen der letztgenannten Versicherungs-Gesellschaft lauten nämlich (allgemein) auf

„Waaren — in Bremen in Gebäuden und im Freien lagernd,"

und ist hinzugefügt worden,

„die übernommenen Versicherungen sollten — sämmtliche Waaren decken, welche unter den Klägern lagerten und nicht anderweitig speciell versichert seien."

Der durch die Worte „Waaren, welche nicht anderweitig speciell versichert sind" zu den in dieser Richtung vorbehaltlos gezeichneten übrigen Policen bewirkte Gegensatz tritt von selbst hervor. Lautete jene Clausel auf Waaren, „welche nicht anderweitig versichert sind" (ohne das Wort „speciell"), so würde der Eintritt der übernommenen Schadensersatz-Verbindlichkeit nur in dem Falle angenommen werden können, wenn die Waaren anderweitig überhaupt unversichert gewesen wären. Freilich bliebe dabei der Zweifel übrig, ob etwa die zeichnende (Amsterdamer) Gesellschaft nur dann habe haften wollen und sollen, wenn für keinen Theil der betreffenden in Bremen lagernden und durch Feuerschaden

betroffenen klägerischen Waaren eine anderweitige Versicherung bestanden hätte, oder auch dann, wenn freilich ein Theil versichert gewesen wäre, die Versicherung aber nicht den gesammten gefährdeten Werth gedeckt hätte, in welchem Falle die zeichnende Compagnie für den ungedeckten Theil des Werthes einzutreten gehabt haben würde. Allein es kommt auf diesen Punkt, welcher nach den darüber von der Amsterdamer Gesellschaft in der anderen zur Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts gelangten Sache gegebenen Erklärung in dem letzteren, für sie ungünstigeren, Sinne aufzufassen sein würde, nicht an, da die von der Beklagten und deren beiden Mitbetheiligten übernommenen Versicherungen den vollen Werth des vorhanden gewesenen und verbrannten Waarenbestandes gedeckt haben. Es handelt sich hiernach nur um die dem Worte „speciell" beizulegende Bedeutung. Die Beurtheilung dieses Punktes führt aber auf ein der beklagtischen Auffassung entgegenstehendes Ergebniß hin.

Es würde, wie schon die früheren Richter u. s. w. vergl. № 63 bis zu den Worten „wegen Nichteintritts der Bedingung unwirksam."

Das hiernach anzunehmende auf den Ungrund der beklagtischen Einrede hinführende Verständniß der Amsterdamer Police wird auch nicht etwa durch die besonderen von der Beklagten vorgebrachten Momente in Zweifel gestellt.

1) Die Beklagte hat in zweiter Instanz einen Feuer-Assecuranz-Prämien-Tarif vorgelegt, durch welchen sie erweisen oder doch wahrscheinlich machen zu können glaubt, daß in der bremischen Assecuranz-Praxis das Wort „speciell" bei Versicherungen von Waaren gegen Feuersgefahr auf die Specialisirung der Waaren selbst bezogen werde. Allein jener Tarif, dem übrigens formelle Beweiskraft nicht beizulegen sein würde, unterstützt die beklagtische Auffassung durchaus nicht. Freilich kommt bei der ersten der drei mit steigenden Prämien aufgestellten Positionen des Tarifs der Ausdruck „speciell zu declarirende Waaren" vor,

(„A. Speciell zu declarirende Waaren ungefährlicher Art, lagernd im Freien oder in gewölbten Wohnhauskellern, Prämie 2 ⁰⁰/₀₀ p. a.;

B. Erlaubte Waaren ungefährlicher Art, lagernd im Freien, in Wohnhäusern, in Wohnhauskellern oder in Packhäusern, Prämie 3 ⁰⁰/₀₀ p. a.;

C. Erlaubte Kaufmannswaaren in Gebäuden, welche auch zur Lagerung von Baumwolle, Spirituosen (und anderen einigermaßen gefährlichen Artikeln, welche bei A und B gänzlich, auch in Betreff gemeinschaftlicher Lagerung ausgeschlossen werden) dienen, Prämie 4 ⁰⁰/₀₀;")

allein der Gegensatz der Positionen A und B „im Freien oder in gewölbten Wohnhauskellern" und „im Freien, in Wohnhäusern, in Wohnhauskellern oder in Packhäusern" zeigt, daß der Ausdruck „speciell" auf Species von Waaren gar keinen Bezug hat, vielmehr hier gerade in demselben Sinne gebraucht worden ist, in welchem er in der Amsterdamer Clausel vorkommt, nämlich auf die Bezeichnung der Aufbewahrungsorte geht, indem die Größe der Prämie von deren Beschaffenheit abhängig gemacht wird. Bei allen Positionen des Tarifs wird specielle Declarirung in dem vorstehend angegebenen Sinne vorausgesetzt. Der Prämiensatz für Waaren der Position A ist deßhalb der niedrigste, weil die derselben angehörenden Waaren im Freien oder in besonders gesicherten Waarenräumen lagern; der Prämiensatz steigt, je weniger gesichert die Localitäten sind. — In dem Falle der gegenwärtig vorliegenden Versicherung zahlten die Kläger der Beklagten $\frac{1}{3}$ ⁰⁰/₀₀ pr. Monat Prämie, oder 4 ⁰⁰/₀₀ pr. Jahr, also dieselbe Prämie, welche für die Position C des Tarifs bestimmt war. (Daß der Amsterdamer Compagnie eine Prämie von nur $1\frac{1}{2}$ ⁰⁰/₀₀ p. a. entrichtet wurde, ist ein der Beklagten selbstständig entgegenstehendes Moment. Diese niedrige Prämienbestimmung hat ohne Zweifel in der Subsidiarität der Amsterdamer Versicherung ihren Grund gehabt. Die Dresdener Gesellschaft erhielt von der Beklagten 4 ⁰⁰/₀₀, die Schlesische 3 ⁰⁰/₀₀).

2) Die Beklagte beruft sich auf das zwischen den Klägern und der Amsterdamer Compagnie geführte sogenannte Controlebuch. Ueber dasselbe haben die Ersteren und der Vertreter der Amsterdamer Gesellschaft in dem mehrerwähnten anderen Processe angegeben, es habe die Bestimmung gehabt, durch die in dasselbe zu machenden Einträge den Letzteren darüber einigermaßen zu unterrichten, an welchen Orten ein Risico für die genannte Compagnie bestehe, vornehmlich um dieser die Nehmung von Rückversicherung, wenn sie dazu sich veranlaßt sehen sollte, zu ermöglichen, auch hätten die Eintragungen, und resp. habe deren etwaige Unterlassung, den Klägern für alle Fälle unpräjudicirlich sein sollen.

Freilich braucht die Beklagte die von den Klägern und deren Gegnerin in dem anderen Proceß gegebenen Erklärungen nicht gegen sich gelten zu lassen, allein ganz abgesehen von diesen enthält das Controlebuch nichts ihrer Auffassung entsprechendes; es steht sogar derselben entgegen. Die für die vorliegende Sache allein in Betracht kommende Eintragung ist diejenige vom 4. Juni 1868, die letzte der Feuersbrunst vorangehende. Die von der Amsterdamer Gesellschaft gezeichneten 130,000 ℳ werden darin zum Belauf von 103,000 ℳ auf Localitäten bezogen, auf die es hier nicht ankommt. Die übrig bleibenden 27,000 ℳ werden als valedirend bezeichnet auf Waaren „hinter Stephanikirchhof № 24/26" (also auf die zwei Packhäuser № 24/25 und № 26). Hätte die Amsterdamer Gesellschaft für den gesammten gefährdeten in jenen Packhäusern vorhandenen Werth, sowie z. B. die Moguntia (pro rata ihrer Betheiligung) verbindlich sein sollen, so hätten für die dem Brande vorangehende Zeit nicht 27,000 ℳ als eventueller Haftungsbelauf in Betreff der Waaren in den beiden Packhäusern, sondern es hätte eine weit höhere Summe aufgeführt werden müssen. Denn es sind in jenen Lagerräumen Waaren zum Werthe von mehr als 95,000 ℳ verbrannt. Für die Waaren in jedem derselben hätte aber die Amsterdamer Gesellschaft bis 50,000 ℳ zu haften gehabt. Die Eintragung von nur

27,000 ₰ ist hiernach ein Moment für die subsidiaire Natur der Versicherung.

3) Die Beklagte meint, daß die Auslegung der in die Amsterdamer Police aufgenommenen Clausel deßhalb zu ihren Gunsten geschehen müsse, weil der Agent der mehrgenannten Gesellschaft clarius loqui debuisset. Es bedarf hier nur einer Verweisung darauf, daß es sich keineswegs um die Auslegung eines zwischen der Moguntia und der Amsterdamer Gesellschaft errichteten Geschäfts handelt. Uebrigens kann zufolge des Obigen eine auf die Anwendung der angezogenen Interpretationsregel hinführende Dunkelheit der Clausel überhaupt nicht angenommen werden.

4) Der von den Beklagten geltend gemachte Umstand, daß die Clausel nur in der auf die Zeit vom Februar 1867 bis dahin 1868 sich beziehenden Police, nicht aber in den auf das folgende Jahr 1868/69 bezüglichen Prolongationsscheinen verzeichnet ist, hat wegen des in den letzteren enthaltenen Vermerks „unter den in der Police enthaltenen allgemeinen und besonderen Bedingungen" keine Bedeutung.

5) Die in der Amsterdamer Police verzeichneten Worte „Anderweitige Versicherung präjudicirt nicht" soll nach der Behauptung der Beklagten auf das Verständniß hinführen, welches von ihr der in Rede stehenden Versicherung beigelegt wird. Es hat freilich seine Richtigkeit, daß jener Vermerk nicht in eine Police hineingehörte, welche wesentlich auch den Zweck hatte, oder doch nach der Angabe der Contrahenten gehabt haben soll, für den Fall geschlossener anderer Versicherungen den Versicherten in Betreff der etwa ungedeckt gebliebenen Beträge Schadloshaltung zu gewähren. Allein aus der unpassenden Aufnahme dieser Clausel folgt nicht, daß die Police einen anderen Sinn habe, als ihr bei einer unbefangenen Auslegung überhaupt nur beigelegt werden kann. Es kommt nicht selten im Geschäftsverkehr vor, daß bei Urkunden gewisser Art Clauseln üblich werden, welche man regelmäßig und selbst in solchen Fällen in dieselben aufnimmt, in denen sie keinen Sinn haben. Eine solche

Clausel scheint auch die hier in Betracht gezogene zu sein. Sie findet sich fast in allen Policen, welche in den zur Entscheidung gebrachten Sachen vorgelegt sind und ist unbestrittenermaßen dadurch veranlaßt, daß in den meisten „Bedingungen“ den Versicherten zur Pflicht gemacht ist, bei den zu stellenden Assecuranzanträgen „jede etwa schon anderweit geschlossene Versicherung anzugeben“ (Moguntia-Bedingungen § 4). Es leuchtet von selbst ein, daß für Kaufleute, bei wechselnden Lagerbeständen und im Falle hohen Werthbetrages nothwendigerweise bei einer Mehrzahl von Versicherern zu nehmenden Assecuranzen, jene Anzeigepflicht durchaus unangemessen sein würde, wie sie denn auch in Folge dessen regelmäßig ausgeschlossen wird.

II. Die Beklagte hat in zweiter Instanz von einer den Klägern entgegenstehenden Exceptio doli geredet, insofern dieselben bei der Beantragung der vorliegenden Versicherung von der bei der Amsterdamer Gesellschaft geschlossenen Assecuranz und deren besonderen Natur, ihr, der Beklagten, hätten Anzeige machen müssen, aber nicht gemacht habe. Wenn die Beklagte in gegenwärtiger Instanz hierauf zurückkommt, so ist auf den schon vom Obergericht bemerklich gemachten Umstand Bezug zu nehmen, daß die Beklagten jene Einrede in erster Instanz gar nicht vorgeschützt, überhaupt die Verbindlichkeit und Wirksamkeit der von ihr geleisteten Versicherung nicht bestritten hat. Der Ungrund der Einrede bedarf deßhalb keiner Ausführung.

III. Daß die Beklagte auch nicht etwa eventualiter eine pro rata Mitverhaftung der Amsterdamer Gesellschaft für den Belauf der am 4. Juni 1868 als auf den Risico in den beiden mehrgenannten Packhäusern № 25/26 und № 27 bezüglich vermerkten 27,000 ℳ geltend machen kann, ergiebt sich aus dem oben unter № 2 bemerkten von selbst. Ebensowenig kann noch von einem den Klägern über den von ihnen behaupteten Sinn der Amsterdamer Police aufzulegenden Beweise die Rede sein. Wäre noch eine Ungewißheit über den vorgedachten Punkt vorhanden, so würde,

da es sich, wie oben bemerkt, um die Begründung einer Einrede handelt, die Beklagte der beweispflichtige Theil sein; doch ist, wie aus der obigen Ausführung hervorgeht, ohne Beweis-Nachlassung an die Beklagte definitiv zu sprechen.

Hamburg. 65.

E. G. Loehrs zu Hamburg, Kläger und Wiederbeklagter, wider **Dr. R. Jacobson** daselbst, als verantwortlicher Redacteur des **„Freischütz,"** Beklagten und Wiederklägern, Injurien betreffend.

Aus den nachstehenden Entscheidungsgründen zum bestätigenden Erkenntnisse des Ober-Appellations-Gerichts vom 12. Juli 1869 ist der factische Thatbestand von selbst ersichtlich:

Die erste Beschwerde des Beklagten in der Vorklage hat die Herstellung des Prätur-Erkenntnisses vom 10. Januar 1868 zum Gegenstand und war zu verwerfen.

Der Prätor hat das Vorhandensein einer in № 81 des Freischütz v. J. 1867 durch den betreffenden Artikel wider den Kläger verübten Beleidigung anerkannt, ihn jedoch um deßwillen abgewiesen, weil Beklagter behauptet habe, der Artikel sei ohne sein Wissen durch Zufall abgedruckt, und es eines Beweises dieser Entschuldigung nicht bedürfe, weil Kläger deren Thatbestand nicht bestritten, sondern nur unbegründeter Weise deren rechtliche Bedeutung in Abrede genommen habe. Das Obergericht dagegen nimmt das Vorhandensein der Beleidigung an, und ist hinsichtlich der rechtlichen Bedeutung der Entschuldigung der Ansicht des Klägers.

Es fragt sich daher zunächst, ob in Betreff des Vorhandenseins der Beleidigung gleichförmige Entscheidungen vorliegen. Diese Frage war mit dem Kläger zu bejahen. Es

mußte nämlich in jenen Aussprüchen eine Unterentscheidung gefunden werden. Die erste Entscheidung geht dahin, der Artikel sei beleidigend und der Redacteur als solcher dafür verantwortlich. Hierin sind beide Erkenntnisse einstimmig. Die zweite Entscheidung der ersten Instanz geht dahin: Wenn ein beleidigender Artikel nur durch ein zufälliges Ereigniß Aufnahme in ein Blatt gefunden habe, so sei der Redacteur frei; ein derartiges zufälliges Ereigniß sei aber in dem vorliegenden Fall behauptet und bewiesen. Die zweite Instanz dagegen stimmt mit dem ersten Theil jener Entscheidung nicht überein; in Ansehung des zweiten Theiles hat sie sich nicht ausgesprochen.

Dem Vorstehenden zufolge bedurfte es keiner abermaligen Erörterung, daß der obgedachte Artikel für den Kläger einen beleidigenden Character habe. Es bedurfte aber auch ebensowenig einer Erörterung darüber, ob die Verantwortlichkeit eines Redacteurs den einzelnen in seinem Blatt angegriffenen Personen gegenüber nach dem derzeitigen gemeinen und hamburgischen Rechte dergestalt absolut sei, daß jedweder auf den Mangel eines Verschuldens gerichtete Gegenbeweis ausgeschlossen wäre. Denn jedenfalls ist in Betreff des casuellen Ereignisses eine Darlegung erforderlich, aus welcher der Richter mit ausreichender Deutlichkeit zu ersehen vermag, daß ein reiner Zufall vorliege. Nun genügt aber die in der Vernehmlassung, deren integrirenden Theil der Brief des Beklagten an den Anwalt des Klägers allerdings bildet, zu dem Ende in keiner Weise; und selbst die in der Duplikenschrift gegebene weitere Auseinandersetzung läßt für die Annahme einer unfreiwilligen Aufnahme des Artikels sehr begründete Zweifel. Es versteht sich nämlich ganz von selbst, daß die Person, welche sich als verantwortlichen Redacteur unterzeichnet, wenn sie mit der Redaction in einzelnen Fällen einen anderen beauftragt, für dessen Handlungen wie für die eignen aufzukommen hat. Von einer Exculpation des Vertreters aber kann nach der eignen Darstellung des Beklagten nicht die Rede sein, indem es seine Sache gewesen wäre,

über den Abschluß des s. g. Rangirbogens sich den geeigneten Aufschluß zu verschaffen.

Hiernach war nicht bloß die erste, sondern auch, indem von einem Bewiesensein des unglücklichen Zufalls nicht die Rede sein kann, die zweite eventuelle auf Beweisnachlassung in Betreff der Entschuldigung gerichtete Beschwerde zu verwerfen. Nicht minder aber mußten auch die übrigen in der Vorlage erhobenen Beschwerden verworfen werden. Mittelst der ersten eventuellen Beschwerde verlangt der Beklagte die Abweisung der auf eine Satisfactionssumme gerichteten Klage, indem nur eine der Sachlage entsprechende Ehrenerklärung habe begehrt werden können. Ganz abgesehen indessen davon, ob dieser in erster Instanz nicht erhobene Einwand noch jetzt statthaft ist, so trifft das zu dem Ende angezogene Präjudicat (J. E. Weber wider D. Heinemann 1859) jedenfalls nur dann zu, wenn die gebrauchten Ausdrücke zu Zweifeln in Betreff der beleidigenden Absicht Anlaß gaben, was hier nicht der Fall ist.

Die dritte eventuelle Beschwerde bezweckt eine Aussetzung des gegenwärtigen Spruches bis zur rechtskräftigen Entscheidung des wider den Kläger obschwebenden fiscalischen Processes, und ist factisch durch das in diesem am 5. Februar ds. Js. erfolgte Urtheil des Obergerichts erledigt, jedoch selbst in Betreff der Proceßkosten verwerflich, da die Aussetzung eines Erkenntnisses in einem Injurienproceß um deßwillen, weil nach Beendigung eines schwebenden Criminalprocesses eine ungünstigere Beurtheilung der beleidigten Persönlichkeit zu erwarten sei, den Rechten nicht entspricht.

Die vierte eventuelle Beschwerde des Beklagten bezweckt die Herabsetzung der Summe von Bco.℔ 600., in welche er dem Kläger gegenüber verurtheilt worden ist, während dieser mittelst der von ihm in gegenwärtiger Instanz erhobenen Beschwerde beantragt hat, jenen Betrag bis zur Summe von Bco.℔ 5000. zu erhöhen. Nun läßt sich zwar:

a) nicht verkennen, daß das dem Kläger beigemessene

Verbrechen des Betrugs schon an sich eine schwere Ehrenkränkung desselben enthält; und ferner

b) daß dieselbe um so schwerer in die Waagschale fällt, als sie gegen eine Person gerichtet ist, welche damals in eine noch unentschiedene fiscalische Anklage wegen eines ähnlichen Verbrechens verwickelt war, deren Gewicht sie in den Augen des Publicums zu verstärken geeignet ist; wie nicht minder

c) daß der Geschäftsbetrieb des Klägers durch diese zweite und zwar gänzlich unveranlaßte grundlose Anschuldigung in ganz erheblicher Weise beeinträchtigt werden mußte, und zwar um so mehr, als sie in einem vielgelesenen Blatte ihm beigemessen ward.

Dagegen läßt sich andererseits ebensowenig verkennen, daß

1) nach Inhalt der Gründe zu den in dem fiscalischen Proceß ergangenen Urtheilen die Person des nunmehr rechtskräftig verurtheilten Klägers sich keineswegs als makellos darstellt; sowie

2) daß der Beklagte unmittelbar nach dem Vorfall nicht nur bemüht gewesen ist, den von ihm behaupteten unglücklichen Zufall zu entschuldigen, sondern auch sofort die betreffende Berichtigung in seinem Blatt veröffentlicht hat.

Wägt man diese Momente gegenseitig, und berücksichtigt man die in ähnlichen Fällen durch die Presse begangener Injurien in Hamburg zuerkannten Satisfactionssummen, so mußte der von dem Obergericht arbitrirte Betrag von Bco. ℔ 600. als zutreffend erachtet werden; indem die an andern Orten, und die in Hamburg wegen Proceßvergehen zuerkannten Strafen für die Injurienprocesse, wie schon früher erkannt, nicht maßgebend sind, sich auch keineswegs behaupten läßt, daß die gedachte Summe den Beklagten nicht hinreichend treffe, während der Umstand, daß der Kläger den Betrag nicht selbst beziehen will, für die Ausmessung der Satisfactionssumme bedeutungslos ist.

Es kommt sonach schließlich noch darauf an, ob der Betrag nicht auf Grund der die Verwerfung der Widerklage

betreffenden Beschwerde des Beklagten beseitigt oder gemindert wird.

Darüber, daß eine derartige Compensationseinrede an sich stattnehmig sei, hat sich das Ober-Appellations-Gericht bereits in

H. Dirks w. Seele & Rettmeyer. Decbr. 1866,

ausgesprochen. Es fragt sich daher

1) ob die Wiederklage nicht rechtskräftig verworfen sei. Das läßt sich nicht annehmen. Denn die erste Instanz hat sie um deßwillen verworfen, weil die betreffenden Artikel von Dr. Wex unterzeichnet, mithin der unrechte Wiederbeklagte belangt sei; die zweite wegen Nichtvorhandenseins einer Injurie. Nun muß aber

2) dem Obergerichte darin beigetreten werden, daß auch die Person der Injurienklage unterliege, welche einen beleidigenden Artikel veranlaßt hat. Dagegen kann nicht angenommen werden, daß dieser Umstand schon dadurch liquide gestellt sei, daß der Kläger der Client des Dr. Wex in dem fiscalischen Proceß war. Es würde vielmehr die von dem Kläger behauptete Auftragsertheilung annoch nachgewiesen werden müssen. Allein es bedarf dessen nicht. Denn es mußte

3) dem Obergerichte beigetreten und angenommen werden, daß die Characterisirung der in Rede stehenden Artikel eine zwar kräftige aber nicht unverdiente Zurückweisung der grundlosen Anschuldigung enthalte, und kommen deßfalls die von dem Ober-Appellations-Gericht in

F. Diehl w. S. Rothschild und Gebr. 18. Novbr. 1851 (Römer, Samml. Bd. 2 № 304),

ausgesprochenen Grundsätze zur Anwendung.

66. Hamburg.

Dr. Gustav Hertz zu Hamburg, m. n. **R. Wallick & Co.** in Kopenhagen, Kläger, wider **Wulff & Schmitt** in Hamburg, Beklagte, wegen Forderung.

Zu Art. 376 des Handelsgesetz-Buches.

1) Bei der im ersten Absatz dem Commissionär gegebenen Befugniß die einzukaufende Waare selbst als Verkäufer zu liefern (die zu verkaufende als Käufer für sich zu behalten), ist der Auftrag des Committenten nicht so aufzufassen, als enthalte er zwei in eventueller Verbindung stehende Vertragsofferten, sondern als ein auf einen Vertrag mit alternativer Verbindlichkeit gerichteter.

2) Der Commissionär verliert jene Befugniß noch nicht dadurch, daß er es unterläßt, sofort bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrags sich als Selbstverkäufer kund zu geben. Enthält jedoch die Anzeige direct oder indirect eine bestimmte Erklärung des Commissionärs über die von ihm getroffene Wahl, so darf der Committent sich daran halten und braucht sich eine spätere Substituirung der andern Alternative nicht gefallen zu lassen.

3) Die erwähnte Befugniß kann nicht bloß durch ausdrückliches Verbot, sondern auch durch stillschweigende Willenserklärung des Committenten ausgeschlossen werden.

Rechtsfall. R. Wallick & Co. in Kopenhagen, im März 1868 von Wulff & Schmitt in Hamburg wiederholt zum Versuch einer Speculation in Petersburger Roggen ermuntert, erwiederten, sie wollten weiteres Herabgehen der Preise abwarten. Wulff & Schmitt schrieben darauf am 25. März, sie glaubten, daß jetzt der rechte Augenblick gekommen sei, und nach ihrer Ueberzeugung würden die Preise schnell einige Thaler in die Höhe gehen; heute wüßten sie

nur 50 Last, welche zu 94 ℳ zu kaufen seien; die allgemeine Forderung sei 95—96 ℳ. Hierdurch veranlaßt ertheilten N. Wallich & Co. durch Brief vom 26. März Ordre zum Einkauf der 50 Last, und zwar mit „⅓ Vorschuß in Drei-Monat-Accept vom Datum des Schlußzettels.“ Wulff & Schmitt meldeten darauf unter dem 27. März die Ausführung des Auftrags unter Bezugnahme auf die beigefügte Copie einer die Unterschrift des Maklers Lattmann tragenden Schlußnote, worin jedoch der Name des Verkäufers offen gelassen war. N. Wallich & Co. leisteten den Vorschuß durch ein Wechselaccept über Bco. ℔ 4700.; da dieselben jedoch später erfuhren, daß Wulff & Schmitt gar nicht von einem Dritten eingekauft hätten, sondern die 50 Last für eigne Rechnung von einer früher käuflich erworbenen Partie liefern wollten, weigerten sie den Empfang und klagten beim Handelsgericht zu Hamburg auf Rückgabe des Vorschusses. Die Vertheidigung der Beklagten ergiebt sich aus den Entscheidungsgründen dritter Instanz.

1) Das Handelsgericht

verurtheilte am 15. October 1868 die Beklagten der Klagbitte gemäß, indem es von der Ansicht ausging, nach Art. 376 des Handelsgesetz-Buchs habe der Commissionär den Auftrag als eine eventuelle Offerte des Committenten, von ihm kaufen zu wollen, anzusehen, und dieselbe, wenn er darauf eingehen wolle, dadurch zu acceptiren, daß er sofort bei der Anzeige von Ausführung des Auftrags sich als Selbstverkäufer kund gebe, was später gegen den Willen des Committenten nicht nachgeholt werden könne. Die Beklagten seien daher der Befugniß, den Roggen als Verkäufer selbst zu liefern, verlustig geworden, da sie in ihrem Briefe vom 27. März unterlassen hätten, jene Erklärung abzugeben.

Auf Appellation der Beklagten erkannte

2) das Obergericht

unter dem 11. December 1868 auf Abweisung der angestellten Klage. Der Umstand, daß die Beklagten ihrem Briefe

vom 27. März Abschrift einer mit dem Namen „C. G. A. Lattmann" unterzeichneten Schlußnote beigefügt hätten, von welcher sie einräumen müßten, daß dieselbe im Original nicht existire, und welche sie der Einfachheit wegen, um nicht sämmtliche Schlußnotenbedingungen brieflich wiederholen zu müssen, angelegt haben wollten, sei — wiewohl ein solches Verfahren keine Billigung verdiene, — nicht geeignet, den Bestand des Geschäftes selbst in Frage zu stellen. Auch sei nicht ersichtlich, wie durch die Beifügung dieser Copie die Sachlage zum Nachtheil der Kläger verändert und denselben daraus ein Schaden erwachsen sein solle. Es komme daher lediglich auf Auslegung des Art. 376 des Handelsgesetz-Buches an. Die Auffassung des Handelsgerichts könne aber nicht für richtig erachtet werden, indem der Art. 376 selbst nichts davon enthalte, daß der Commissionär sofort nach erhaltenem Auftrage seinen Willen, selbst zu liefern, anzeigen müsse, vielmehr bei den Verhandlungen der Nürnberger Conferenz es abgelehnt worden sei, eine dahin gehende Bestimmung aufzunehmen.

Vergl. auch Busch, Archiv Bd. 9 S. 480 ff.,
v. Hahn, Commt. Bd. 2 S. 372.

Die Beklagten seien somit nach Maßgabe des Art. 376 berechtigt, die ihnen ertheilte Einkaufscommission durch einen Selbstverkauf auszuführen, und die Kläger könnten sich nicht weigern, auf Grund der ihnen gemachten Anzeige über den übrigens auftragsgemäß bewirkten Kauf die Beklagten als Verkäufer anzuerkennen.

Auf Appellation der Kläger stellte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 13. Juli 1869 die Entscheidung des Handelsgerichts mit der Maßgabe wieder her, daß den Beklagten noch der Beweis vorbehalten bleibe:

daß der Inhaber der klägerischen Firma bei persönlicher Anwesenheit in Hamburg seinen anfänglich gegen das Verfahren der Beklagten erhobenen Widerspruch, bei völliger Kenntniß der Sachlage, aufgegeben und dieselben

mit dem bestmöglichen Verkauf der in Anl. 9 der Handelsgerichts-Acten offerirten Waare für klägerische Rechnung beauftragt habe.

Entscheidungsgründe.

I. Nach Ansicht der beiden vorigen Gerichte hängt die Entscheidung der Sache von der Frage ab, ob Beklagte befugt waren, die ihnen ertheilte Einkaufscommission durch einen Selbstverkauf auszuführen. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes wird von den Beklagten bestritten. Dieselben geben als wahren Sachverhalt an: sie hätten, als sie am 27. März über Ausführung des Auftrags berichtet, eine größere Partie (100 Last) Juni-Roggen, deren Verkauf sie als Commissionäre zu besorgen hatten, an Händen gehabt und einen Theil hiervon für die Kläger bestimmt; und haben in gegenwärtiger Instanz beantragt, daß ihnen über diese Thatsache, wenn es darauf ankommen sollte, noch Beweis nachgelassen werde. Sie gehen dabei von der Ansicht aus, daß, die Wahrheit ihrer Angabe vorausgesetzt, nach der in der Commission zur Berathung eines Allgem. deutschen Handelsgesetz-Buchs ausgesprochenen Ansicht, nicht ein Selbstverkauf, sondern ein br. m. vollzogener Einkauf vorliegen würde.

Vergl. Protokolle p. 741, 742.

Indessen ist der Auffassung der vorigen Gerichte beizutreten, und kann es zu jener eventuell beantragten Beweisnachlassung — auch abgesehen von dem formellen Grunde, daß eine entsprechende Beschwerde in voriger Instanz nicht aufgestellt worden ist — nicht kommen. Es ist klar, daß, je nachdem der Commissionär dem Auftrage des Committenten durch Vornahme eines wirklichen Einkaufs von einem Dritten oder durch Eintritt als Selbstverkäufer nachkommt, das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Committenten einen ganz verschiedenen Inhalt annimmt.

Art. 361 flg., vergl. mit Art. 376 des Allg. d. Hdlsgef.-Buch.

Wenn daher der Einkaufscommissionär, der die einzukaufende Waare von einer Partie, die er als Verkaufscommissionär an Händen hat, zu liefern beschließt, darauf hin das Geschäft

als einen für Rechnung des Einkaufscommittenten vollzogenen Einkauf von seinem Verkaufscommittenten behandelt wissen will, so muß er es auch demgemäß weiter abwickeln: er muß seinem Auftraggeber diejenige Waare zur Disposition stellen, die er als Verkaufscommissionär an Händen hatte, und über das Geschäft im Sinne des Art. 361 Rechenschaft ablegen. Aus Anl. 9 geht aber hervor, daß die den Klägern offerirte Waare nicht von einer Partie sein kann, worüber Beklagte am 27. März als Verkaufscommissionäre zu disponiren hatten. Denn sie stammt von einer bereits am 21. Januar durch Gebrüder Schiller für Rechnung eines Petersburger Hauses verkauften Partie. Auch haben die Beklagten nähere Angaben über die Person ihres angeblichen Verkaufscommittenten und die Bedingungen, unter denen sie zu verkaufen hatten, nicht gemacht, ungeachtet ihnen die Rüge dieses Mangels abseiten der Kläger wenigstens für gegenwärtige Instanz specielle Veranlassung hierzu gab. Sie stellen sich vielmehr practisch durchaus auf den Standpunkt des Selbstverkäufers, nehmen die diesem zustehenden Rechte für sich in Anspruch und müssen sich folgeweise auch durchaus als Commissionäre behandeln lassen, die den Auftrag als Verkäufer *für eigene Rechnung* auszuführen beabsichtigen. Nun kann aber

II. die Frage, ob den Beklagten diese Befugniß zusteht, nach den concreten Verhältnissen des vorliegenden Falles nur verneint werden. Es läßt sich:

A. vieles dafür sagen, daß schon der *Auftrag der Kläger* vom 26. März 1868 in dem Sinne ertheilt worden sei, daß die Befugniß des Commissionärs, die beorderte Waare selbst als Verkäufer zu liefern, nach Alin. 1 des Art. 376 des deutschen Handelsgesetz-Buchs für ausgeschlossen zu erachten war. Jedenfalls ist soviel gewiß, daß Kläger von der *Voraussetzung* ausgingen, daß es sich bei dem von den Beklagten ihnen empfohlenen Geschäfte um einen reellen, für ihre, der Kläger, Rechnung erst noch vorzunehmenden Einkauf handele. Die Ausdrucksweise im Schreiben

der Beklagten vom 25. März, zumal im Vergleiche mit denjenigen der Schreiben vom 18. und 23. ejusd. war ganz geeignet, diese Voraussetzung hervorzurufen; und daß Kläger sie wirklich hegten, ergiebt sich aus der von ihnen vorgeschriebenen Bedingung:

„$^{1}/_{3}$ Vorschuß in 3/M.-Accept vom Datum des Schlußzettels,"

womit kein anderer als der Schlußzettel über den von den Beklagten mit dem dritten Eigenthümer der Waare zu schließenden Kauf gemeint sein konnte. Die fragliche Voraussetzung hat ohne Zweifel wesentlich mitgewirkt, die Kläger zum Abschlusse des hier in Rede stehenden Geschäftes zu bestimmen. Eine frühere ähnliche Speculation war denselben nicht geglückt, und sie hatten, als sie von den Beklagten am 18. und 21. März zu einem wiederholten Versuche ermuntert wurden, keine große Neigung hierzu bezeigt, jedenfalls weiteres Herabgehen der Preise abwarten zu wollen erklärt. Nun schrieben die Beklagten am 25.: sie glaubten, daß jetzt der rechte Augenblick zu einem Versuch in Roggen ab St. Petersburg gekommen, und es sei ihre Ueberzeugung, daß die Preise schnell einige Thaler in die Höhe gehen würden. Heute wüßten sie nur 50 Last — —, welche zu 94 ₰ zu kaufen seien; die allgemeine Forderung sei 95 à 96 ₰. Kläger konnten dies nicht anders verstehen, als dahin, daß die Preise im Allgemeinen bereits eine steigende Tendenz zeigten (am 18. waren 95 ₰, am 21. sogar nur 94 ₰ als der marktgängige Preis bezeichnet worden, jetzt hieß es, die allgemeine Forderung sei 95 u. 96 ₰), daß aber ausnahmsweise eine Partie von 50 Last noch zu dem geringeren Preise von 94 ₰ zu haben sei; und eben dieser Umstand war geeignet, die Kläger zum Kaufe zu animiren, wie sie denn auch in ihrem Briefe vom 26. ausdrücklich sagen, daß sie sich durch die Auslassungen der Beklagten über Roggen veranlaßt sähen, wieder einen Versuch zu machen. Hätten sie gewußt, daß Beklagte, wie sie selbst angeben, und daher jedenfalls gegen sich gelten lassen müssen, eine größere

Partie St. Petersburger Juni-Roggen als Verkaufscommissionäre an Händen hatten, und davon ihnen einen Theil ablassen wollten, so würden sie — wie man als gewiß annehmen darf — auf die Proposition nicht eingegangen sein. Der Umstand, daß Beklagte in ihrer Eigenschaft als Verkaufscommissionäre es angemessen fanden, jetzt zu 94 ℘ loszuschlagen, war nicht geeignet, der angeblichen „Ueberzeugung" derselben, daß diese Preise schnell einige Thaler in die Höhe gehen würden, bei den Klägern Eingang zu verschaffen.

Hat aber die Voraussetzung, daß es sich um einen wirklichen, abseiten der Beklagten zu bewirkenden Einkauf handele, einerseits ein wesentliches Motiv zur Ertheilung des fraglichen Auftrags für die Kläger gebildet, und haben dieselben andererseits dieser ihrer Auffassung in einer der gestellten Vertragsbedingungen Ausdruck verliehen, so scheint damit der Bestimmung in Al. 1 des § 376 des allg. deutschen Handelsgesetz-Buchs genügt zu sein. Es würde ein Mißverständniß dieser Bestimmung sein, wenn man ein förmliches Verbot fordern wollte, um den Eintritt des Commissionärs als Selbstverkäufer auszuschließen. Das Gesetz ist nur bestimmt, den nicht besonders kund gegebenen Willen der Contrahenten zu ergänzen und tritt gegen jede erkennbare (sei es auch nur stillschweigende) Willenserklärung zurück.

B. Entscheidend ist jedenfalls das Schreiben der Beklagten vom 27., mittelst dessen sie die in Art. 361 des Handelsgesetz-Buchs vorgeschriebene Anzeige über die von ihnen bewirkte Ausführung des Auftrags erstattet haben.

1) Dieses Schreiben läßt seinem ganzen Inhalte nach und in Beihalt der demselben beigefügten Schlußnoten-Copie kein anderes Verständniß zu, als daß Beklagte, nachdem sie den klägerischen Brief vom 26. März erhalten, zum Einkaufe der 50 Last von einem dritten Verkäufer geschritten seien, daß über dieses Kaufgeschäft eine Schlußnote errichtet worden, und daß die beigefügte Copie eine Abschrift

eben dieser Schlußnote sei. Was Beklagte zur Beseitigung dieser Annahme vorbringen, ist unhaltbar. Wenn sie

a) behaupten, sie hätten die fragliche Copie nur der Einfachheit wegen beigefügt, um den Klägern nicht sämmtliche Schlußnotenbedingungen mittheilen zu müssen, und der Name des Maklers Lattmann sei nur aus Versehen mit abgeschrieben worden, so ist zwar richtig, daß sie in dem fraglichen Schreiben „in Betreff der näheren Bedingungen" auf die angefügte Copie „referirten." Aber es war dies weder der einzige noch auch nur der nächste Zweck der Beifügung jener Copie, wie denn auch Beklagte nicht schrieben: „wir fügen die Copie einer Schlußnote bei," sondern: „eine Copie der Schlußnote," nämlich der über den unmittelbar vorher erwähnten Kauf aufgenommenen. Die Schlußnoten-Copie sollte den Beleg für den nach Auftrag abgeschlossenen Kauf bilden und die Beklagten zur Ziehung des Wechsels über den verabredeten 3 Monats-Vorschuß legitimiren.

b) Richtig ist es freilich ferner, daß weder die Copie der Schlußnote noch das Schreiben der Beklagten den Namen des Verkäufers der fraglichen 50 Last mittheilt. Allein daraus konnten Kläger unmöglich den Schluß machen, daß der ganze Inhalt des Schreibens eine Unwahrheit sei, und in der That so wenig ein Kauf, als eine darüber vollzogene Schlußnote existire. Es lag vielmehr für sie Nichts näher als die Annahme, daß Beklagte den Namen ihres Verkäufers zur Zeit noch nicht kund zu geben wünschten und deßhalb denselben — während er im Original sich finde — aus der Copie weggelassen hätten.

c) Mehr scheint ein anderer von den Beklagten erst in dieser Instanz hervorgehobener Umstand zu deren Gunsten zu sprechen. In ihrem Schreiben vom 27. März sagen sie: sie hätten mit 1/3 Vorschuß pr. 1. Juni gekauft, verlangten aber von den Klägern nicht mehr als sie vorgeschrieben hätten, nämlich 3 Monat Dato-Accept. Die beigefügte Schlußnotencopie aber enthält nicht die erstere, sondern die letztere Bedingung. Indeß genügte auch dies nicht, um den

Klägern klar zu machen, daß die Schlußnote nicht auf ein wirkliches, mit einem dritten unbenannten Verkäufer zu Stande gekommenes Kaufgeschäft sich beziehe, sondern nur den formellen Ausdruck eines in den Gedanken der Beklagten zum Vollzuge gekommenen Rechtsgeschäftes bilden sollte. Diese Annahme wurde schon durch den unter der mitgetheilten Copie stehenden Namen eines Maklers ausgeschlossen, der unzweifelhaft auf ein reales in die äußere Erscheinung getretenes Kaufgeschäft mit einem Dritten hinwies. Auch hier gab es für die Kläger keine andere Erklärung, als die Annahme: entweder, daß der dritte Verkäufer sich in die fragliche Schlußnotenbestimmung deßhalb gefunden, weil die Beklagten ihm die Differenz ersetzt hätten, oder daß die Beklagten, statt der mit ihrem Verkäufer vereinbarten und im Original sich findenden Bedingung, in die Copie sofort diejenige Bestimmung aufgenommen hätten, die zwischen ihnen als Commissionären und den Klägern als ihren Committenten vereinbart war (Tratte 3 Monat Dato der Schlußnote) und nach der sie allerdings in einem Punkte, aber auch nur in diesem, als Selbstcontrahenten erschienen.

d) Ganz unzutreffend ist es endlich, wenn Beklagte behaupten, Kläger hätten aus ihrer Mittheilung:

„wir haben mit 1/3 Vorschuß pr. 1. Juni gekauft,"

ersehen können und müssen, daß es sich um eine Waare handele, welche Beklagte schon seit 1. März an Händen hatten, weil unter 3 Monaten zu acceptiren nicht üblich sei. Eine so genaue Kenntniß der hamburgischen Börsen-Usancen konnte so wenig bei den Klägern vorausgesetzt werden, als ihnen zuzumuthen stand, daß sie aus einer so vagen Andeutung folgern sollten, die Sachlage sei eigentlich eine ganz andere, als in den directen Mittheilungen der Beklagten lag.

2) Was die rechtlichen Folgen der fraglichen Anzeige anlangt, so ist freilich

a) der Ansicht des Handelsgerichts nicht beizutreten, daß der Commissionär die Befugniß, das Gut, welches er einkaufen soll, als Verkäufer selbst zu liefern, schon dadurch ver-

liere, daß er es unterlasse, sofort bei der Anzeige von der Ausführung des Auftrags seinem Committenten sich als Selbstverkäufer kund zu geben. Da das Gesetz im Falle einer Commission zum Einkauf von Waaren ꝛc., welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, in Ermangelung einer anderweiten Bestimmung des Committenten, jene Befugniß unbedingt anerkennt, so kann ein ohne Hinzufügung einer Beschränkung ertheilter Auftrag zum Einkaufe derartiger Waaren auch nur dahin verstanden werden, daß der Committent es ganz in die freie Wahl des Commissionärs verstellen will, ob derselbe für Rechnung des Committenten von einem Dritten einkaufen, oder ob er selbst als Verkäufer liefern will. Es fehlt an jedem Grunde, hier zwei, in eventueller Verbindung mit einander stehende Vertragsofferten zu unterstellen. Die Proposition ist — ähnlich wie beim contractus aestimatorius —

L. 1 § 1 D. h. t. (19, 3),
Glück, Comment. XXXIII. p. 74,

auf einen Vertrag mit alternativer Verbindlichkeit des Commissionärs gerichtet. Uebernimmt der Letztere einfach den ihm ertheilten Auftrag, so hat er sich verpflichtet, die bestellte Waare entweder, mit Aufwendung der Sorgfalt eines Mandatars, unter den gestellten Bedingungen einzukaufen oder als Verkäufer selbst zu liefern. Zwischen diesen beiden Erfüllungsarten steht ihm die Wahl zu, und für die Frage, welchergestalt und wann er dieses Wahlrecht verliere, sind die von alternativen Obligationen geltenden Regeln maßgebend. Hieraus folgt, daß derselbe durch bloßes Schweigen der fraglichen Befugniß nicht verlustig wird. Eine Frist, binnen deren er sich über die von ihm getroffene Wahl zu erklären hätte, ist ihm weder ausdrücklich bestimmt, noch liegt sie mittelbar darin, daß er verpflichtet ist, sofort nach der Ausführung des Auftrags davon Anzeige zu machen (Art. 361). Das Gesetz schreibt nicht vor, daß diese Anzeige eine specielle Erklärung über die Art und Weise der Ausführung enthalten müsse. Vielmehr ergiebt sich aus Art. 376 Al. 3,

daß auch eine generelle Anzeige, die es ungewiß läßt, ob der Commissionär von einem Dritten gekauft habe, oder als Verkäufer selbst liefern wolle, für zulässig erachtet wird. Am wenigsten aber ist einzusehen, weßhalb die Unterlassung einer bestimmten Erklärung über die getroffene Wahl gerade den Verlust der Befugniß, als Selbstverkäufer einzutreten, nach sich ziehen soll. Die Bestimmung in Al. 3 des Art. 376 scheint die Annahme des Gegentheils näher zu legen.

b) Dagegen ist den Klägern darin beizustimmen, daß, wenn und soweit die Anzeige über die Ausführung des Auftrags eine Erklärung des Commissionärs über die von ihm getroffene Wahl enthält, der Committent sich hieran halten kann und eine spätere Substituirung der anderen Alternative sich nicht gefallen zu lassen braucht. Allerdings gilt bei alternativen Obligationen die Regel, daß eine bloß wörtliche Erklärung den wahlberechtigten Schuldner nicht bindet, er vielmehr bis zur vollendeten Leistung seinen Willen ändern kann. Allein bei der fraglichen Anzeige handelt es sich nicht um eine Erklärung darüber, daß und resp. wie der Commissionär erfüllen wolle, sondern um die Mittheilung darüber, daß und beziehungsweise wie er den Auftrag bereits ausgeführt habe. Von dieser Erklärung kann — eben weil sie die Anzeige über ein der Vergangenheit angehöriges eigenes factum des Commissionärs, bezüglich dessen er zur wahrheitsgetreuen Berichterstattung verpflichtet war, enthält — derselbe später nicht zurücktreten. Es hängt also Alles von dem speciellen Inhalte der fraglichen Anzeige ab. Wenn der Commissionär in so allgemeinen Ausdrücken spricht, daß daraus gar nicht zu entnehmen ist, ob er für Rechnung des Committenten gekauft habe oder ob er selbst als Verkäufer liefern wolle, dann ist der Committent ohne Zweifel berechtigt, eine nähere Erklärung zu fordern. Thut er dies aber nicht, läßt er sich vielmehr jene unbestimmte Anzeige gefallen, so willigt er eben damit ein, daß es ihm bis auf Weiteres noch vorenthalten werde, in welcher von beiden Weisen der Auftrag ausgeführt sei.

Wenn sich der Commissionär dagegen in der fraglichen Anzeige über die von ihm getroffene Wahl bestimmt ausspricht, dann darf der Committent sich hieran halten und die definitive Abwickelung des Geschäftes auf der durch die Erklärung des anderen Theils festgestellten factischen und rechtlichen Basis verlangen. Ein Bedenken hierüber wird kaum erhoben werden in den beiden Fällen, daß der Commissionär entweder als Selbstverkäufer sich zu erkennen gegeben oder den Abschluß des Vertrags mit einem namhaft gemachten dritten Verkäufer gemeldet hat. Zweifelhaft kann nur der Fall sein, wo die Ausführung des Auftrags in Ausdrücken angezeigt wird, die auf einen von dem Commissionär für Rechnung des Committenten vorgenommenen Einkauf hinweisen, ohne daß jedoch die Person des Verkäufers näher bezeichnet ist. Der Zweifel betrifft jedoch nicht das zur Anwendung zu bringende Rechtsprincip, sondern nur die Frage, was als der eigentliche und wesentliche Inhalt der Anzeige zu betrachten sei. In der Meldung des Commissionärs: er habe den ihm ertheilten Auftrag zum Einkaufe der fraglichen Waare ausgeführt, würde, dem Wortlaute nach, zu finden sein, daß von einem Dritten gekauft sei. Da aber das Gesetz selbst dem Worte „Auftrag" die weitere Bedeutung beilegt, daß darunter die Befugniß zum Eintritt als Selbstverkäufer mitbegriffen ist, so kann dies Wort, wenn die Contrahenten sich seiner bedienen, im Zweifel auch nur in diesem weiteren Sinne genommen werden. So wenig der Committent, wenn er den „Auftrag" ertheilt, dadurch die fragliche Befugniß des Commissionärs auszuschließen beabsichtigt, ebensowenig hat der Commissionär, wenn er meldet, er habe den „Auftrag" ausgeführt, damit auf den Eintritt als Selbstverkäufer verzichtet. Man kann vielleicht noch weiter gehen und auch in der bestimmter klingenden Meldung des Commissionärs: „daß er das Commissionsgut auftragsmäßig für Rechnung des Committenten um den und den Preis gekauft habe" — unter Berücksichtigung des kaufmännischen Sprachgebrauchs — noch nicht die Erklärung

finden, daß wirklich von einem Dritten gekauft sei.

Busch, Archiv V. S. 283,
v. Hahn, Comment. II. S. 372.

Wo aber diese letztere Erklärung unzweideutig vorliegt, und nur der Name des Verkäufers noch vorenthalten wurde, da ist der Committent zwar nach Al. 3 des Art. 376 berechtigt, den Commissionär als Selbstverkäufer in Anspruch zu nehmen. Er braucht sich aber ein Rechtsverhältniß von einem ganz anderen juristischen Character, als das durch die fragliche Anzeige fixirte, nicht aufdrängen zu lassen. Nach Maßgabe dieser Anzeige hat er von dem Commissionär Rechenschaft über ein für seine (des Committenten) Rechnung mit einem Dritten abgeschlossenes Geschäft (also auch Namhaftmachung dieses Dritten wenigstens bei Gelegenheit der Rechenschaftsablage) und Leistung des nach jenem Geschäfte ihm Zukommenden zu fordern (Art. 361); er braucht insbesondere keinen größeren Preis, als denjenigen, den der Commissionär dem dritten Verkäufer wirklich gezahlt hat, zu vergüten (Art. 363) und ist deßhalb berechtigt, über den letzteren Punkt nähere Nachweisung zu verlangen. Der Commissionär kann sich von diesen Obliegenheiten nicht dadurch befreien, daß er nachträglich, im Widerspruche mit seiner früheren Anzeige, als Selbstverkäufer eintritt und den Nachweis liefert, daß er keinen höheren Preis als den Marktpreis zur Zeit der angeblichen Ausführung des Auftrags berechnet (Art. 376).

c) Die Anwendung der im Vorstehenden entwickelten Principien auf den gegenwärtigen Fall macht sich, nach dem was unter 1, über den Inhalt und das Verständniß des Schreibens der Beklagten vom 27. März bemerkt ist, von selbst. Dieselben haben die Anzeige von der Ausführung des ihnen ertheilten Auftrags dahin gemacht, daß sie am genannten Tage durch Vermittelung des Maklers Lattmann die beorderte Waare von einem zur Zeit noch nicht namhaft gemachten Dritten unter den Bedingungen der mitgetheilten Schlußnotencopie (mit der oben sub B. 2, c, besprochenen

Modification) gekauft haben. Ueber dieses Geschäft haben Beklagte den Klägern Rechnung abzulegen und diejenige Waare haben sie ihnen zu leisten, die sie in Folge desselben von jenem ungenannten Verkäufer zu fordern und beziehungsweise bezogen haben. Kläger brauchen sich auf eine andere Waare und eine auf anderer Grundlage basirte Rechenschaftsablage nicht einzulassen, sind also in ihrem Rechte, wenn sie die nach Anl. 9 ihnen offerirte Waare ablehnen und ihren, auf ein in Wahrheit gar nicht zur Ausführung gekommenes Geschäft geleisteten, Vorschuß zurückfordern.

Muß hiernach das die Kläger abweisende Obergerichts-Erkenntniß aufgehoben, die Klage vielmehr für an sich begründet und keines Beweises mehr bedürftig erachtet werden, so kommt es auf die eventuelle Beschwerde der Kläger nicht an, wohl aber lebt

III. die eventuelle Beschwerde voriger Instanz der Beklagten wieder auf, daß ihnen nicht der Beweis ihrer Einrede nachgelassen worden:

> daß Kläger bei persönlicher Anwesenheit in Hamburg ihren anfänglich gegen das Verfahren der Beklagten erhobenen Widerspruch bei völliger Kenntniß der Sachlage aufgegeben und dieselben mit dem bestmöglichen Verkauf der in Anl. 9 offerirten Waare für klägerische Rechnung beauftragt haben.

Kläger haben dieser Beschwerde nur den formellen Einwand entgegengesetzt, daß Beklagte auf jenen angeblichen Verzicht eine Einrede gar nicht gegründet hätten. Was in der fraglichen Beziehung in erster Instanz vorgetragen worden, sei durchaus in der Weise vorgebracht, als ob es nur zur Unterstützung der Behauptung der Beklagten, daß sie völlig rechtmäßig verfahren hätten, dienen solle. Allein die Beklagten haben sich in den Exceptionen folgendergestalt geäußert: „Kläger hätten selbst eingesehen, daß ihre Vorwürfe durchaus unberechtigt seien; der damals in Hamburg anwesende Inhaber der klägerischen Firma habe sich von Beklagten seines Unrechts überzeugen lassen und den Beklagten

den Auftrag gegeben, die Waare bestmöglichst für seine Rechnung wieder zu verkaufen. Kläger sei abgereist, Beklagte hätten die Sache als geordnet betrachtet, nachher aber habe Kläger den Auftrag widerrufen &c." Darin ist, der Sache nach, die Behauptung enthalten, daß Kläger, nachdem sie bereits vollständig von der Sachlage unterrichtet gewesen, die in Anl. 9 ihnen offerirte Waare acceptirt und damit auf ihre Einwendungen gegen das Verfahren der Beklagten verzichtet haben. So haben auch Kläger selbst das betreffende Vorbringen aufgefaßt, indem sie replicando „der Behauptung widersprechen, daß sie sich einverstanden erklärt haben mit dem beklagtischen Verfahren." Sie setzen sich daher mit sich selbst in Widerspruch, wenn sie jetzt verlangen, daß dem fraglichen Vorbringen deßhalb, weil darin die Einrede des Verzichts nicht zu finden sei, keine Berücksichtigung zu Theil werde. Gegen die proponirte Beweisfassung ist von den Klägern nichts eingewendet und auch von Amts wegen kein Bedenken zu erheben.

---

67. Hamburg.

Wm. Droege & Co. in Hamburg, Kläger, wider **J. W. Duncker,** als Director der Norddeutschen Versicherungs-Gesellschaft, und die im Handelsgerichts-Bescheide vom 8. Januar 1866 genannten Consorten daselbst, Beklagte, Assecuranz-Forderung betreffend.

---

1) Sind einer Principalbeschwerde zugleich eventuelle Beschwerden beigefügt, so ist der Richter, falls er die erstere nicht in vollem Umfange begründet findet, nicht gehindert, auf ein in derselben mit begriffenes, in den eventuellen Beschwerden aber nicht speciell berührtes Ergebniß zu erkennen,

sofern dasselbe sich nicht als ein durch die Absicht der Partei ausgeschlossenes darstellt.

2) Sind in Folge der Strandung eines Schiffes verschiedene darauf befindliche versicherte Waaren in Vermischung gerathen, so haben die einzelnen Versicherten diejenigen Waarentheile, welche sich nach ordentlicher mercantilischer Beurtheilung als ihnen gehörig ausscheiden lassen, als geborgen gelten zu lassen.

Rechtsfall. Das Schiff Numero Quatro, befrachtet mit 1104 Ballen Baumwolle für 8 Destinatäre, strandete am 29. Januar 1865 in der Clonakilty-Bay an der Südküste von Irland. 185 Ballen gingen verloren oder wurden sofort als unverschiffbar verkauft. Die übrigen 919 Ballen wurden nach Liverpool befördert und 105 Ballen dort an verschiedene Destinatäre abgeliefert, 814 Ballen aber, deren Emballage theils verloren, theils nicht mehr erkennbar war, in Liverpool verkauft. Wm. Droege & Co. in Hamburg hatten bei der Ladung 359 Ballen, wovon 60½ an der irländischen Küste verloren gingen, 28½ in Liverpool ausgeliefert wurden, so daß sie bei dem nicht identificirbaren Rest von 814 Ballen mit 270 Stück betheiligt waren. Ihre gesammte Ladung war bei einer Mehrzahl von Versicherern nach dem hamburgischen Seeversicherungs-Plan von 1853 mittelst offener Police zu Bco.℔ 246,810. versichert. Die Versicherer setzten dem Verlangen, die Assecuranz-Summe für den verlorenen Theil der Ladung zu zahlen, die Nichtigkeit der Versicherung entgegen, weil das Schiff, von der directen Reiserichtung abweichend, in Havanna angelaufen und dies nicht angezeigt worden sei. Ein zweiter Streitpunkt war, ob bei der Schadensberechnung die Policentaxe oder der geringer abgeschätzte Werth, den die Waare in Liverpool gehabt haben würde, wenn sie unbeschädigt angekommen wäre (vergl. § 11 und 96 des Versicherungs-Planes), zu Grunde zu legen sei.

1) Das Handelsgericht

verwarf in seinem Erkenntniß vom 27. Januar 1868 den Einwand, daß die Versicherung durch das nicht angezeigte Anlaufen von Havanna ungültig geworden sei, und erkannte hinsichtlich des andern Streitpunktes dahin, daß in Betreff der in Liverpool verkauften 814 Ballen, also hier der auf die Kläger kommenden 270 Ballen, die Policentaxe zu Grunde zu legen sei, **wenn** die Voraussetzung der Liverpooler Dispache richtig sei, daß jene Ballen in einem solchen Zustande in Liverpool angelangt seien, daß nicht habe ermittelt werden können, inwieweit dieselben den einzelnen Ladungsinteressenten gehörten. Dabei wurde Edition weiterer Documente, fernere Verhandlung über die Richtigkeit der gedachten Voraussetzung und Monitur gegen die Policentaxe vorbehalten. Zur Begründung der zweiten Entscheidung wurde geltend gemacht: wenn bewegliche Sachen dergestalt mit einander verbunden würden, daß sie sich nicht mehr trennen ließen, so müsse jede der verbundenen Sachen als untergegangen betrachtet und angenommen werden, daß sie zusammen eine neue Sache bildeten, wie diese Annahme den Rechtsregeln von der confusio und commixtio zu Grunde liege. Danach würden hier bei realer Theilung die Kläger auf ihr Connossement nicht die für sie verladene Baumwolle, sondern ein Gemisch von dieser und fremder Baumwolle erhalten, und die Substituirung eines solchen auf Fiction beruhenden Resultates namentlich nicht erkennen lassen, wieviel die für die **Kläger** verladene Waare durch die Beschädigung an Werth verloren habe.

Auf Appellation beider Theile erkannte

2) das Obergericht

unter dem 23. October 1868, daß die Entscheidung des Handelsgerichts ihrem decisiven Theile nach im Uebrigen zu bestätigen, jedoch den Beklagten in Betreff des Anlaufens von Havanna alle Gerechtsame bis nach erledigtem Editionsverfahren vorzubehalten, und der in Betreff der Identificirbarkeit vom Handelsgericht gestellte Vorbehalt auch auf die

Identificirbarkeit von Waarentheilen, wiewohl unter Reservation aller Gerechtsame wegen der rechtlichen Consequenzen, auszudehnen sei. Wegen des ersteren Punktes wurde in den Gründen bemerkt, die unterlassene Anzeige könne unter den Umständen des vorliegenden Falles immer nur zu Schadensansprüchen berechtigen, deren nähere Begründung aber für die Beklagten unmöglich sein würde, so lange ihnen die Documente über die Verladung und den Verlauf der Reise nicht vorlägen. Bei dem zweiten Punkt wurde zwar der handelsgerichtlichen Ansicht, als gehe durch die Vermischung das bisherige Eigenthum unter, entgegengetreten, jedoch anerkannt, daß der den Betheiligten als ihr Eigenthum zufallende Antheil an der Gesammtmasse nicht auch thatsächlich als identisch mit dem, was sie vor der Vermischung besessen hätten, betrachtet werden könne, weshalb denn der assecuranzrechtliche Grundsatz durchgreife, daß der Versicherte sich keine Ersatzstücke vom Versicherer aufdrängen zu lassen brauche. Dem wurde sodann die Bemerkung beigefügt, dem Verlangen der Beklagten, den fraglichen Vorbehalt nicht auf identificirbare Ballen zu beschränken, sondern auf identificirbare Waare auszudehnen, könne um so unbedenklicher entsprochen werden, als auch über die rechtlichen Consequenzen etwaiger Identificirbarkeit als unidentifiable verkaufter Ballen vom Handelsgericht noch nicht erkannt worden sei und vor genügender Aufklärung des in Rede stehenden Hergangs nicht habe erkannt werden können.

Auf weitere Appellation beider Theile wurde diese Entscheidung

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 15. Juli 1869 mit der Maßgabe bestätigt, daß die den Beklagten in Betreff des Anlaufens in Havanna seitens des Numero Quatro vom Obergericht vorbehaltenen Gerechtsame nicht in dem gegenwärtigen Processe geltend zu machen seien.

Die Entscheidungsgründe beschäftigen sich zum größeren Theil damit zu zeigen, daß die meisten der beiderseitigen

Beschwerden entweder durch duae conformes ausgeschlossen werde oder sich als inhaltslos darstelle; letzteres insbesondere auch in Ansehung der klägerischen Beschwerde, welche gegen den vom Obergericht in Betreff des Anlaufens von Havanna ausgesprochenen Vorbehalt gerichtet war, indem die Beklagten im jetzigen Proceß auf diesen Umstand überall nur den Einwand der Unverbindlichkeit der Versicherung gegründet hätten, weßhalb etwa daraus herzuleitende Entschädigungsansprüche nur in einem andern Processe geltend zu machen sein würden. Von Interesse ist hiernach nur der nachfolgende letzte Abschnitt der Entscheidungsgründe.

Die zweite klägerische Beschwerde betrifft die schon oben zu II, c, erwähnte, vom Obergerichte ausgesprochene Ausdehnung des Handelsgerichts-Vorbehalts auf Waarentheile, welche Ausdehnung die Kläger beseitigt wissen wollen.

Die Kläger behaupten, daß die etwaige Identificirbarkeit einzelner Theile der Partei Baumwolle unerheblich gewesen sein würde und die Beklagten von der Pflicht, die Gesammtheit der nach Liverpool gelangten Waare (mit Ausnahme der jetzt nicht mehr streitigen 28½ Ballen, welche den Klägern zugekommen sind), als assecuranzrechtlich verloren gelten zu lassen, nicht habe befreien können. Es komme übrigens auf das Materielle dieses Punktes nicht einmal an, da es an einer beklagtischen Beschwerde zweiter Instanz gefehlt habe, welche das Obergericht hätte berechtigen können, den Handelsgerichts-Vorbehalt in der Weise, wie geschehen, auszudehnen.

Auch diese Beschwerde ist verwerflich. Anlangend

a) den vorbemerkten formellen Grund, so steht demselben der Umstand entgegen, daß die Beklagten in zweiter Instanz eine Principalbeschwerde aufgestellt haben, welche weiter reichte, als das Obergericht bei der Ausdehnung des Vorbehalts ging, und daß von ihnen in einer Eventualbeschwerde zu erkennen gegeben worden ist, daß sie nicht etwa nur die Gesammtheit der Ballen oder einzelne Abtheilungen derselben, sondern auch die in den verschiedenen Ballen verpackten „Baumwollen" in Betreff der Identificirbarkeit berücksichtigt

wissen wollten. Die Eventualbeschwerde der Beklagten voriger Instanz und deren Ausführung, wenngleich sie nicht speciell auf die fragliche Ausdehnung des Vorbehaltes, wie solche sodann vom Obergerichte realisirt worden ist, gehen, stellen doch das außer Zweifel, daß diese Ausdehnung der Absicht der Beklagten durchaus entsprochen hat.

b) Der materielle Ungrund der Beschwerde liegt am Tage. Zuvörderst ist, wie bereits oben angeführt worden ist, schon das Handelsgerichts-Erkenntniß dahin zu verstehen, daß es auf die Identificirbarkeit der 814 Ballen „oder eines Theils derselben" ankomme. Hiernach liegt, insofern der im Obergerichts-Erkenntniß vorkommende Ausdruck „Waaren-Theile" auf einzelne Ballen zu beziehen ist, eine materielle Abänderung des Handelsgerichts-Erkenntnisses nicht einmal vor, und es ist sogar anzunehmen, daß nach der Absicht des Handelsgerichts auch solche identificirbare Waarentheile haben unberücksichtigt bleiben sollen, welche, obschon mit anderer Baumwolle verpackt, in ihrer Identität erkennbar und in geschäftlich zulässiger Weise separirbar sich ausweisen möchten. Da indessen dies nicht ausdrücklich vom Handelsgerichte gesagt worden, so erschien ein erläuternder Zusatz zu dem Handelsgerichts-Erkenntniß, um künftigem Streit vorzubeugen, angemessen und durch die Obergerichts-Verhandlungen vollständig indicirt. Eine eigentliche Reformatoria ist hiernach im Verhältniß zum Handelsgerichts-Erkenntniß nicht anzunehmen.

Wäre aber auch dem Handelsgerichts-Erkenntnisse das vorbemerkte Verständniß nicht beizulegen, so würde doch dem Obergerichte in der Beurtheilung des fraglichen Punktes selbst beigetreten werden müssen. Den Klägern könnte darin nicht nachgegeben werden, wenn sie solche Theile der in Liverpool angekommenen Baumwolle, welche erkennbar als die ihnen gehörige sich auswies und nach gesunder merkantilischer Beurtheilung sich separiren ließ, als sie nicht angehend zurückweisen wollten. Mit einem solchen Verhalten wären sie im Verhältniß zu anderen Ladungs-Interessenten,

falls diese die Aussonderung der den Klägern gehörigen, separirbaren Baumwolle verlangt hätten, nicht durchgedrungen; auch würden sie, wenn sie nicht versichert gewesen wären, und nicht zugleich wegen der maßgebenden assecuranzrechtlichen Grundsätze das Interesse gehabt hätten, daß die Nicht-Identificirung und Nicht-Separirung möglichst weit ausgedehnt werde, zu jenem Verhalten sich nicht veranlaßt gesehen haben. Ein solches ist ihnen auch den Assecuradeuren gegenüber nicht zu verstatten.

Daß „Waarentheile" nicht schlechthin, sondern, wie schon bemerkt, nur in merkantilisch zulässiger Weise der Identificirung und Separirung zu unterziehen gewesen sein würden, dem ist vom Obergerichte bei der Verclausulirung seines Ausspruchs „unter Reservation aller Gerechtsame wegen der rechtlichen Consequenzen ꝛc." in keiner Weise präjudicirt.

---

68. Hamburg.

Landvogt, Deichgeschworne und Höftleute der **Landschaft Kirchwerder,** Kläger, wider **Jochim Albers und Genossen,** Eingesessene zu Kirchwerder, Beklagte, Beitrag zu Deichbaukosten betreffend.

Erörterungen, betreffend die Competenz der Gerichte in Deichsachen im Allgemeinen, und speciell nach dem in den zu Hamburg gehörenden „Vierlanden" geltenden Particularrecht.

Nach gemeinem Deichrecht sind solche Anlagen, welche zum Schutze und zur Verstärkung des Deiches im allgemeinen Interesse dienen sollen, durch den Deichverband auszuführen.

Rechtsfall. Im Februar 1868 erlitt der Deich bei der s. g. Varwischer Bucht, in der Nähe des Dorfes Kirchwerder,

durch hohe Sturmfluthen bedeutende Beschädigung, weßhalb die Deichbehörde sich veranlaßt fand, die Vornahme sehr erheblicher Befestigungsarbeiten an den Deichloosen der Beklagten anzuordnen. Die Kosten dieser Arbeiten wurden von dieser Behörde, dem Amte zu Bergedorf, den Beklagten auferlegt. Auf eine Vorstellung der Letzteren bei der s. g. Visitation, einer oberen Verwaltungsbehörde, ward eine Repartition der Kosten in der Weise vorgenommen, daß nur $^1/_3$ von den Beklagten getragen, $^2/_3$ dagegen von der Landschaft übernommen werden sollten, und diese Verfügung ward, ungeachtet einer dagegen erhobenen Remonstration von Seiten der Kläger, durch den Hamburger Senat bestätigt.

Nunmehr erfolgte die Klage der Landschaft gegen die betheiligten vier Deichhalter auf Uebernahme sämmtlicher Kosten der vorgenommenen Deicharbeiten, welche von ihnen, den Beklagten, allein zu tragen seien.

1) Das Amtsgericht zu Bergedorf

wies die Klage unter dem 11. December 1868 ab, und bemerkte dabei in den Entscheidungsgründen:

Es handle sich vor Allem um die Zuständigkeit der Gerichte. Die Gerichts-Ordnung vom 9./14. Juni 1841 (§ 2) entziehe freilich Widersprüche und Beschwerden über Gegenstände der Verwaltung, und insbesondere des Deichwesens der Cognition der Gerichte, mache jedoch im § 3 die Ausnahme, daß, wenn bei den speciell in den früheren §§ aufgeführten Gegenständen civilrechtliche Fragen in Betracht kämen, welche nach Civilgesetzen zu beurtheilen seien, oder wenn verwaltende Behörden durch eine Handlung oder einen Vertrag sich verbindlich gemacht hätten, jene Gegenstände, in soweit solche privatrechtliche Ansprüche dabei einträten, vor die Gerichte gehörten. Wenn demnach die Beklagten die Ansicht aufstellten, daß die Verwaltungsbehörden nicht nur die Frage zu entscheiden hätten, von wem Deicharbeiten auszuführen seien, sondern auch die fernere Frage, wem die Kosten zur Last fielen, so sei das so allgemein hingestellt, nicht zutreffend, vielmehr sei anzunehmen, daß bei Streitig-

keiten über ordentliche Deichlast die Gerichte über die Frage der Ersatzpflichtigkeit zu entscheiden hätten. In dem vorliegenden Fall, wo Arbeiten zum Betrage von ca. 12,000 ℳ in Frage ständen, welche die Verpflichtung der Beklagten zur schaufreien Instandsetzung ihrer Deichpfänder weit überstiegen, liege nun aber unzweifelhaft eine außerordentliche Deichlast vor, welche nach gemeinem Deichrecht das Eintreten des ganzen Deichbandes erforderlich mache, und dabei müsse der Deichbehörde überlassen bleiben, die Kosten zu repartiren, das Civilgericht sei mithin für die Aburtheilung eines derartigen Streites incompetent.

2) Das Obergericht

bestätigte das vorige Urtheil am 6. April 1869, indem es davon ausging, daß die Klage ihrem Wesen nach nur eine Anfechtung der von der Visitation und dem Senate abgegebenen Bescheide sei, deren Verfügungen offenbar Gegenstände des Deichrechts beträfen, welche nach den Bestimmungen der Bergedorfer Gerichts-Ordnung nicht vor die Gerichte gezogen werden dürften. Irrelevant sei es dabei, ob die von den Deichbehörden angeordneten Arbeiten als ordentliche oder außerordentliche Deichlast aufgefaßt werden müßten. Auch der § 3 der Gerichts-Ordnung ändere an diesem Ergebniß Nichts. Denn es liege in der Natur der Sache, daß nur die Deichbehörden, welche die zu der Wiederherstellung der Deiche erforderlichen Arbeiten anzuordnen hätten, auch die Frage entscheiden könnten, ob der ganze Deichverband verpflichtet sei, zu den Kosten solcher Arbeiten beizutragen. Die Klage sei demnach wegen Incompetenz der Gerichte abzuweisen.

3) Das Ober-Appellations-Gericht

bestätigte diese Entscheidung am 15. Juli 1869 aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

In der vorliegenden Sache war freilich

I. abweichend von der dem Obergerichts-Erkenntnisse zu Grunde liegenden Auffassung, die Competenz der Gerichte als begründet anzunehmen, dagegen

II. das die Klage abweisende Erkenntniß der früheren Richter aus materiellen Gründen zu bestätigen.

Zu I. Die Frage, ob die vorliegende Sache in Betreff des gegenwärtig seitens der Kläger erhobenen Anspruches vor die Civilgerichte gehöre, oder ob in den Bescheiden der Visitation vom 17. Juni 1868 und des hamburgischen Senates vom 10. Juli 1868 eine endgültige Entscheidung der entstandenen deichrechtlichen Streitigkeit erfolgt sei, war eine allerdings recht zweifelhafte.

1) Nach allgemeinen Grundsätzen gehört eine Klage, wie die von den Klägern angestellte, vor die Civilgerichte.

Zwar ist es gewiß und wird auch von den Klägern im vorliegenden Processe als richtig anerkannt, daß alle Beschlüsse und Anordnungen, welche die Nothwendigkeit, die Beschaffenheit und den Zeitpunkt auszuführender Deicharbeiten, sowie die Frage, welchen der Deichbetheiligten die Ausführung der für erforderlich erklärten Arbeiten obliege, betreffen, von der Verwaltungsbehörde (der Deich-Obrigkeit) zu treffen sind, ohne daß auf dem Wege der vor den Civilgerichten anzubringenden Klage jene Verfügungen angefochten werden könnten. Vor die Civilgerichte gehört dagegen, abgesehen von entgegenstehenden particularrechtlichen Vorschriften, die Entscheidung des zwischen Deich-Interessenten entstandenen Streits darüber, wer die Kosten der hergestellten Arbeit schließlich zu tragen habe.

A. Allgemein ist dies anerkannt in Beziehung auf Leistungen, welche unbestritten zur ordentlichen Deichlast gehören:

vergl. Stapelholmsche D.-O. von 1625 Art. 12,
Söder-Dittmarscher D.-O. von 1643 Art. 9,
Gräfl. Oldenburgische D.-O. von 1658 Art. 10,
Herzogl. Brem. D.-O. von 1743 Art. 4 § 1.
Eichhorn, deutsch. Pr.-Recht § 271 Not. 2,
Beseler, d. Pr.-R. § 198 sub IV. c.

Wo es sich um die ordentliche Deichlast handelt, kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Deichbehörde ihre Anordnung als eine blos vorläufige (mit Vorbehalt des

Rechtsweges), oder ob sie dieselbe als eine definitive getroffen, oder die Zulässigkeit des Rechtsweges gradezu verneint hat. Die Competenz der Gerichte kann durch die Ansicht der Verwaltungsbehörde nicht aufgehoben noch beschränkt werden, vielmehr steht die Entscheidung der Frage, ob eine Sache Justizsache sei, den Gerichten zu.

Bruhn, O.-A.-Gerichts-Entscheid. in Lüb. Rechtsf. I. S. 270 (№ 73).

Es besteht aber

B. kein ausreichender Grund dazu, eine andere Behandlung des Gegenstandes eintreten zu lassen, wenn ein Streit darüber entsteht, ob eine Deicharbeit zur ordentlichen oder zur außerordentlichen Deichlast gehört und folgeweise, ob die Kosten von den einzelnen Deich-Interessenten oder von dem ganzen Deichverbande zu tragen sind.

a) Die herrschende Ansicht ist, daß die Deichlast — jedenfalls die ordentliche Deichlast — eine Reallast bilde, und als solche dem Gebiet des Privatrechts angehöre. Die abweichende Meinung von

Gerber, d. Pr.-R. § 60 № 2,

steht bis jetzt allein. Ist aber jene Auffassung die richtige, so muß auch die Frage, ob dem Deichverbande die Kosten einer Arbeit, welche er auf Anordnung der Deichbehörde beschaffen mußte und beschafft hat, von gewissen einzelnen Deich-Interessenten ganz oder theilweise deßhalb zu ersetzen seien, weil die bezügliche Arbeit zu der diese treffenden ordentlichen Deichlast gehöre, für eine nach Grundsätzen des Privatrechts zu entscheidende, den Civilgerichten angehörende angesehen werden.

So ist dieser Gegenstand auch

b) in der Praxis, insbesondere in derjenigen der für diesen Gegenstand besonders wichtigen hannoverischen Gerichte, immer angesehen worden. Diese haben (einschließlich des Ober-Appellations-Gerichts zu Celle) keinen Anstand genommen, über die Frage, wem die Kosten hergestellter Deicharbeiten definitiv zur Last fallen, zwischen den regelmäßig deich-

pflichtigen Personen und solchen, die außerordentlicher Weise zur Hülfsleistung herangezogen werden sollten, auf Grund der Deichordnungen und beziehungsweise nach deren Analogie zu entscheiden.

Pufendorf, (Ed. Darmstadt 1786) Obs. I. 193 § 6 (p. 398), II. 104 (p. 311 ff.), III. 134 § 5 (p. 272 ff.), 135 § 6 (p. 278), § 8 (p. 280),

Bülow u. Hagemann, Pract. Erörter. II. p. 9, 10, 12,

Dammert, Deich- u. Strombau-Recht I. p. 109 ff., 156–157, 159, 168, 173, 183, 185, 187, 205 ff.

Auch haben nicht ohne Grund die Kläger für die von ihnen vertretene Ansicht, daß hier eine Civiljustizsache vorliege, auf die Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts in der Sache Berlin-Hamburger Eisenbahn-Gesellschaft c. die Landschaft Billwerder,

Hamb. Samml. III. p. 441 flg.,

sich berufen. Den juristischen Gegenstand der in jener Sache ertheilten Entscheidung bildete die Frage, ob eine gewisse Deicharbeit zur ordentlichen oder (als Nothhülfe) zur außerordentlichen Deichlast gehöre. Das Ober-Appellations-Gericht, sowie nicht minder die früheren Instanzen, haben kein Bedenken getragen, auf die Entscheidung dieser Frage in jener Sache einzugehen, was nur geschehen konnte, wenn eine Rechtsfrage, nicht ein nach administrativen Erwägungen zu entscheidender Gegenstand vorgelegen hätte. Freilich war der streitige Punkt nicht unmittelbar zwischen den beiden Personen, von welchen die eine verpflichtet sein mußte, sondern zwischen einem Dritten, welcher die Arbeit beschafft hatte und einer jener Personen (dem Deichverbande) streitig; allein dies vermogte nicht, einen wesentlichen Unterschied zu machen. Die Competenz der Civilgerichte würde auch im vorliegenden Falle schwerlich bezweifelt worden sein, wenn der Deichverband ohne eine vorgängige seitens der Visitation erfolgten Ausspruch darüber, wer der eigentlich Pflichtige sei, die Arbeit ausgeführt und hierauf mit der negotiorum gestorum actio von den betheiligten Deich-Interessenten Ersatzleistung gefordert, oder wenn die Deichbe-

hörde bei ihrer Entscheidung den Rechtsweg vorbehalten hätte. Freilich ist letzteres nicht geschehen, und der Senat hat sogar in dem oben angezogenen Bescheide die Ansicht ausgesprochen, daß die Sache zu einer seitens der Gerichte abzugebenden Entscheidung sich überhaupt nicht eigne, allein, wie schon oben angeführt worden ist, dies kann auf die Competenz der Gerichte und deren Ermächtigung, selbst über diese zu entscheiden, keine beschränkende Wirkung ausüben.

Es kommt darauf an, ob

2) das in den Vierlanden geltende Particularrecht Bestimmungen enthält, welche mit dem Ergebniß der vorstehenden Zusammenstellung im Widerspruch stehen. Anlangend

a) die revidirte Verordnung in Beziehung auf die Gerichtsverfassung des Amtes Bergedorf vom 9./14. Juni 1841, so kann derselben bezüglich des hier in Betracht kommenden Punktes nur ein mit dem Ergebniß des oben unter 1, zusammengestellten übereinstimmender Sinn beigelegt werden. Die revidirte Verordnung ist in allen allgemeineren Bestimmungen eine wörtliche Reproduction der Verordnung für das lübeckische Gerichtswesen vom 5. Juli 1820 und insbesondere entsprechen die § 1—3 genau den ersten drei §§ jener Verordnung, nur daß in dem § 2 zwischen die Worte „der Verwaltung im Allgemeinen und der Polizei" die Worte „des Deichwesens" eingeschaltet worden sind. Es ist hiernach anzunehmen, daß „zum Deichwesen" gehörige Gegenstände in gleicher Weise, wie alle sonstigen Verwaltungsangelegenheiten, behandelt werden, nicht aber eine besondere Classe derselben, in Beziehung auf welche die Verwaltungsbehörden ausnahmsweise die Befugniß hätten, auch rechtliche Fragen endgültig festzustellen, bilden sollten. Was nach dem § 3 von anderen Verwaltungssachen gilt, das gilt zufolge des Vorbemerkten auch von den in Deichangelegenheiten getroffenen Verfügungen. So weit diese wirklich administrativen Characters sind, können sie auf dem Rechtswege nicht angefochten werden; soweit aber die

Verwaltungsbehörde sich veranlaßt sieht, behufs einer von ihr zu erlassenden administrativen Verfügung eine zwischen Privaten bestehende civilrechtliche Frage zu entscheiden, kann dadurch der Entscheidung der Gerichte — unbeschadet der Aufrechthaltung der Verfügung, soweit sie administrativen Characters ist — nicht präjudicirt werden.

Jene lübeckische Verordnung und insbesondere die Bedeutung des Ausdruckes „civilrechtliche Fragen“ (völlig gleichmäßig im § 3 der Bergedorfer V.-O. sich findend) hat wiederholt den Gegenstand der Beurtheilung des Ober-Appellations-Gerichts gebildet. Insbesondere ist in einer lübeckischen Sache Schnauer c. von Heintze (Erkennt. v. 31. Januar 1834) dieser letztere Punkt in Erwägung gezogen, und damals angenommen worden, daß bei dem Ausdruck „civilrechtliche Fragen“ nicht an einen mehr oder weniger engbegrenzten Theil des Privatrechts zu denken sei, sondern derselbe sich auf das gesammte Privatrecht beziehe.

Bruhn, l. c. II. S. 85.

Es ist erforderlich

b) die von den Senaten der Städte Lübeck und Hamburg erlassene Verordnung wegen Bezahlung der Reparaturen in Deichsachen vom Mai 1806 (Hamb. V.-O. ältere Samml. Bd. 7 S. 129) in Betracht zu ziehen.

In derselben ist bestimmt, daß, wenn eine schadhaft gewordene Deichstrecke durch den Beitritt des Kirchspiels wieder hergestellt worden sei, der Deichvorstand baldigst eine Kostenberechnung sammt Repartitionsplan aufmachen und daß diese Aufmachung der Visitation zur Applacidirung eingesandt werden solle, worauf dann die applacidirte Repartition ohne Rücksicht auf eingelegte remedia iuris gegen die Zahlungspflichtigen geltend zu machen sei. Der Anschein, welcher durch diese Verordnung für die den Klägern in Betreff des Competenzpunktes entgegenstehende Ansicht hervorgebracht werden könnte, wird durch die Erwägung beseitigt, daß es sich in dem vorgesehenen Falle beim Vorliegen einer außerordentlichen Deichlast um Vertheilung deren Kosten unter die

Eingesessenen einer der Landschaften handelt. Hierfür giebt es einen rechtlichen Maßstab überhaupt nicht, und kann es sich nur um eine billige Repartition handeln; ähnlich wie im Falle der Nothhülfe. Außerdem aber ist eine ausdrückliche Ausschließung des Rechtsweges in den angezogenen Bestimmungen der Verordnung nicht zu finden. Nur die sofortige Vollstreckbarkeit des von der Visitation genehmigten Vertheilungsplans ist darin zu erblicken, sowie daß die zur Anwendung desselben etwa zu versuchenden Mittel keinen Suspensiv-Effect haben sollen.

Mußte nach dem Ausgeführten die vorliegende Sache als eine zur Entscheidung der Civilgerichte sich eignende angesehen werden, so war doch

zu II. im Ergebnisse den früheren Richtern beizutreten.

Es bestand

a) kein Bedenken für das Ober-Appellations-Gericht, über das Materielle der Sache zu erkennen. Das Obergericht hat freilich eine solche Entscheidung abgelehnt, die erste Instanz aber dieselbe vorgenommen, nämlich (wenngleich anscheinend im Widerspruch mit dem letzten Entscheidungsgrunde) die Klage nicht sowohl wegen der Incompetenz der Gerichte, als vielmehr wegen rechtlichen Ungrundes abgewiesen. Dies ergiebt sich daraus, daß das Amtsgericht in Betreff der eigentlichen Streitfrage, ob hier ein Fall außerordentlicher Deichlast vorliege, sich durch die Entscheidung der Deichbehörde nicht gebunden erachtet, diese Frage vielmehr selbst entschieden hat. Nur in Betreff der Repartition der Kosten außerordentlicher Deichlast hat es Unzuständigkeit der Gerichte angenommen; ein Punkt, auf den es hier nicht ankommt, da die Repartition zu $^2/_3$ und $^1/_3$, eventualiter gar nicht angefochten worden. Die Kläger haben nämlich nur bestritten, daß hier ein Fall außerordentlicher Deichlast vorliege; sie verlangen Uebernahme sämmtlicher Kosten durch die zunächst betheiligten Deich-Interessenten, ohne sich auf den Standpunkt zu stellen, daß das Kirchspiel zur Beihülfe verpflichtet

gewesen sei, und ohne von diesem Standpunkte aus Einwenwendungen gegen die Vertheilung zu $^2/_3$ und $^1/_3$ zu erheben.

Ueberdies haben die Kläger in ihrer Appellationsschrift gegenwärtiger Instanz eine Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts in der Sache selbst ausdrücklich beantragt.

Anlangend diese Entscheidung, so unterscheidet

b) die Vierlander Deich-Ordnung — übereinstimmend mit dem gemeinen Deichrecht — eine ordentliche Deichlast, welche den Eigenthümern der betreffenden Deichstrecken obliegt und eine außerordentliche Deichlast, welche das Kirchspiel, beziehungsweise in besonders schweren Fällen (bei Grundbrüchen) alle Amtsunterthanen zur Beihülfe verpflichte.

S. D.-O. v. 1772 Art. 14, 15, 19.

Als Fall der vom Kirchspiel zu leistenden Beihülfe ist (im Art. 19) zwar nur der genannt, „daß Einem, dessen Deich bei der Schauung untadelhaft gefunden, und ohne dessen Schuld und Verwahrlosung, ein Stück dieses Deichs etwa zur Hälfte abfiele oder ganz gleich der Erde wegginge," allein die V. D.-O. ist kein vollständiges Gesetz; sie bestimmt vielmehr selbst (im Art. 28), daß „in den darin nicht beschriebenen Fällen nach den benachbarten Deich-Rechten geurtheilt werden solle." Handelte es sich nun im vorliegenden Falle um eine auszuführen gewesene und ausgeführte einfache Reparatur, so würde man aus dem Art. 14 ein argumentum a contrario abzuleiten berechtigt sein, welches hier, wo der Deich an den in Betracht kommenden Strecken nur zu etwa $^1/_3$ abgefallen war, darauf hinführte, die Nicht-Existenz einer Verpflichtung der Landschaft, zu den Kosten beizutragen, anzunehmen. Damit stimmt auch die Auffassung der Visitation überein, welche die vier betheiligten Deich-Interessenten (die jetzigen Beklagten) angewiesen hat, einen Theil der Kosten zu tragen und zwar einen Theil, bestimmt nach Maßgabe dessen, was zur schaufreien Wiederherstellung der Deichstrecken in den vor Eintritt der Zerstörung stattgefundenen Zustand erforderlich gewesen sein würde. Nun steht aber nicht eine bloße Reparatur in Frage, sondern eine

neue von dem gewöhnlichen und ordentlichen Zustande des Deichs wesentlich verschiedene Anlage; eine Anlage, welche im allgemeinen Interesse zum Schutz und zur Verstärkung des Deiches dienen soll, und die dadurch, daß der Körper des Deiches sie aufzunehmen bestimmt worden ist, den Charakter eines außerordentlichen Schutzwerkes nicht verloren hat. Hier tritt die Regel des gemeinen Deichrechts ein (welches selbst Nichts ist, als eine Abstraction aus den im Wesentlichen übereinstimmenden Deichordnungen und der Natur der Sache Runde l. c. § 113 Nte. c.), daß die Anlage derartiger Werke durch den Deichverband zu bewirken ist.

> Pufendorf, Obs. III. § 134, § 5 und 135 § 5, 6 (Bd. 3 S. 272 u. 278 f.),
> Bülow u. Hagemann, l. c. II. 1 p. 6—10,
> Runde, l. c. § 118 not. g. § 119,
> Mittermaier, d. Pr.-R. § 285 not. 2, 3,
> Eichhorn, d. Pr.-R. § 271,
> Dammert, l. c. I. S. 169,
> Heineken, tentamen iuris aggeralis § 9 (p. 24),
> (Hunrichs), Entw. d. Deichr. Art. 39 (p. 191), Art. 40 (p. 194 ff.).

Nach Runde (§ 118 g.) soll die Herzoglich bremische Deich-Ordnung (von 1743, ein nach Runde und Eichhorn l. c. als Musterordnung geltendes Gesetz) mit dem Vorbemerkten übereinstimmen. Dasselbe ist nach der Auffassung der Visitation in den §§ 28—30 der lüneburgischen Deich-Ordnung bestimmt, wie dies die Kläger nicht bestreiten. Wenn aber dieselben in Abrede stellen, daß dieser letzteren Deich-Ordnung das System der Pfanddeichung zu Grunde liege, sie vielmehr auf dem Communionfuß beruhe, so ist dies nach ihrem eigenen Anführen unbegründet.

> Vergl. die Deich-Ordn. v. 1664 bei Hackmann, Anhang S. 82 ff. und v. 1748 bei Spangenberg. der hannoverschen Verordnungen 2c. Bd. 1 (1819) S. 165 ff.

Konnte hiernach eine Verpflichtung der Beklagten nicht angenommen werden, das in Rede stehende Schutzwerk auf ihre Kosten zu errichten, so war die Klage, da, wie bemerkt, die Repartition der Kosten unangefochten geblieben ist, unter Verurtheilung der Kläger auchin die Kosten dieser Instanz abzuweisen.

Hamburg. 69.

M. T. Schmidt zu Hamburg, Kläger, wider **Adolph Bergl** daselbst, Beklagten, Schadensforderung betreffend.

Rechtsfall. Laut Schlußnote hatte der Kläger vom Beklagten gekauft: circa 100 Last ungarische Gerste, im August abzuladen, pr. Eisenbahn, resp. über Harburg pr. Fahrzeug zu liefern. Wegen nicht contractlich geschehener Lieferung stellte Kläger eine Schadensklage auf Zahlung von Bco. ℔ 2423. an, indem er bemerkte, daß er bei Abschluß des Geschäfts die Waare als gekauft sofort nach Hull aufgegeben habe, der dortige Verkaufswerth auf 46 sh. pr. 448 ℔ festgestellt sei und nach einer von ihm aufgemachten Berechnung die Waare mit einem Gewinn von Bco. ℔ 2423. hätte daselbst (in Hull) realisirt werden können. Der Beklagte ist nun vom Handelsgericht für schadenspflichtig erklärt und in Betreff des Nachweises des Schadens wurde am 12. Februar 1869 erkannt, daß,

da der Beklagte sich über die vorgelegte Schadensrechnung ignorando erklärt und eventualiter behauptet habe, Kläger hätte contractliche Gerste hieselbst zur Lieferungszeit zu dem Schlußnotenpreise kaufen können, somit also ein Beweisverfahren einzuleiten sei,

Kläger zu beweisen habe:

daß er die fragliche Gerste mit einem Avance von Bco. ℔ 2423., oder wie viel weniger, nach Hull weiter verkauft habe;

Beklagter dagegen:

daß der Kläger um die Zeit des 8. Septbr. 1868 (des Klagetages) in Hamburg eine der Kaufprobe entsprechende Waare, im August von Ungarn abgeladen, zum Schlußnotenpreise, oder zu welchem Preise sonst hätte kaufen können.

Beide Theile appellirten, Beklagter, weil er für schadenspflichtig erklärt worden, Kläger, weil die Beweise so, wie geschehen, formulirt seien und das Obergericht erkannte darauf, unter Verwerfung der beklagtischen und in theilweiser Berücksichtigung der klägerischen Beschwerden am 7. Mai 1869, daß der dem Kläger auferlegte Beweis dahin zu fassen sei,

daß die Waare bei richtiger Lieferung in Hamburg bis zum 8. September 1868 in Hull einen Preis von 46 sh. pr. 448 ℔ erbracht haben würde.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte das vorige Urtheil am 16. Juli 1869

in Erwägung:

daß, wenn der Kläger die von dem Beklagten gekaufte Gerste für ein in Hull auszuführendes Geschäft bestimmt haben sollte, er berechtigt sein würde, das Interesse der Nicht-Erfüllung des Handels insoweit geltend zu machen, als im Falle geschehener contractlicher Lieferung er einen Gewinn gewisser Größe auf die Waare in Hull erlangt haben würde, wie denn dies von dem Beklagten nicht bestritten worden ist;

daß der vom Handelsgericht dem Kläger in Betreff des für Hull bestimmten Geschäfts aufgelegte Beweis der von letzterem in erster Instanz über dasselbe gemachten Angabe nicht entspricht, indem jener Beweis auf einen vom Kläger in Hull bereits geschlossenen Verkauf gerichtet worden ist, während der Kläger nur angegeben hatte, er habe den in Hamburg gemachten Ankauf nach Hull gemeldet, und der dort zu erlangende Verkaufswerth sei auf 48 sh. pr. Quarter festgestellt worden, so daß das Handelsgericht, wenn es, ohne vorher eine Verhandlung über den von den Parteien bis dahin nicht weiter berührten Punkt der Existenz und eventualiter Größe des klägerischen Interesses herbeigeführt zu haben, auf Grund des bis dahin Verhandelten auf Beweis erkennen wollte, diesen in keinem Falle auf einen stattgehabten Verkauf, sondern nur, im Wesentlichen mit der späteren Obergerichts-Formulirung übereinstimmend, auf einen dem Kläger ent-

gangenen in Hull an der Waare zu machenden Gewinn hätte richten können;

daß der Kläger in der Obergerichts-Appellation zulässiger Weise seine Angaben erster Instanz dahin näher dargelegt hat, er habe in Betreff der Gerste ein a conto meta-Geschäft mit einem Huller Correspondenten für den dortigen Platz unternommen gehabt und die Gerste würde für ihn und seine Mittheilnehmer bei dem oben angegebenen Verkaufswerth einen Gewinn von Bco. ℔ 2423. ertragen haben;

daß, wenn dieser Gewinn zu erreichen gewesen sein sollte, der Kläger den angegebenen Belauf von dem Beklagten zu fordern berechtigt sein würde, gleichviel ob er das Huller Geschäft für alleinige Rechnung oder in Gemeinschaft mit einem Andern unternommen hatte;

daß hiernach die Beweisformulirung des Obergerichts,

„daß die Waare, wenn rechtzeitig hieselbst bis zum 8. September geliefert, in Hull einen Preis von 46 sh. st. pr. 448 ℔, oder wieviel weniger, geliefert haben würde,

vom Beklagten ohne allen Grund angefochten worden ist.

Hamburg. 70.

A. C. H. Wieland zu Hamburg, Beklagter, jetzt Querulant, wider **H. T. Riedeburg** und **C. F. Ellinghausen** daselbst, Kläger, jetzt Querulaten, wegen Forderung, jetzt Abschneidung des Gegenbeweises betreffend.

Das Ober-Appellations-Gericht verwarf am 16. Juli 1869 die gegen Erkenntniß des Obergerichts vom 21. Mai deff. Js. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unstatthaft,

in Erwägung:

daß die vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde darauf, daß dem Beklagten ohne Recht und Grund die Führung des Gegen-

beweises abgeschnitten worden sei, also auf einen vermeintlichen wesentlichen Mangel in Hinsicht des gerichtlichen Verfahrens gegründet ist;

daß das Verfahren, in welchem dieser Mangel vorgekommen sein soll, vor dem Niedergerichte stattgefunden hat und der letztere Gegenstand einer an das Obergericht gebrachten Appellationsbeschwerde geworden ist, das Obergericht also in der fraglichen Richtung nicht selbst zu procediren, sondern über die Richtigkeit der Procedur des Niedergerichts zu urtheilen hatte, und dessen Urtheil, auch wenn es — wie jedoch keineswegs der Fall — materiell unrichtig sein sollte, darum doch noch nicht ohne Weiteres einen Mangel im Verfahren, wegen dessen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellations-Gericht statthaft wäre, involviren würde;

von einem Verstoße des Obergerichts gegen das vom Beklagten angerufene processualische Princip vielmehr im vorliegenden Falle schon deßhalb keine Rede sein kann, weil dasselbe, ausweislich der Entscheidungsgründe zum angefochtenen Erkenntnisse, lediglich auf Grund von ihm vorgenommener Interpretation eines Vorbringens des Beklagten — indem es in dessen Submission einen Verzicht auf den Gegenbeweis fand — zur Verwerfung der betreffenden Beschwerde gelangt ist:

vergl. Kierulff, Samml. I. S. 512.

Hamburg. 71.

Dr. Belmonte und **C. P. Schütt** zu Hamburg, als für die im hamburgischen Jurisdictionsgebiet befindlichen activa der zu Blankenese constituirten Concursmasse des **D. C. F. Nagel** bestellte Curatoren, die Sistirung des hamburgischen Fallitverfahrens gegen den gedachten Nagel, jetzt abgeschlagene Appellation, sowie Beschwerde über eine obergerichtliche Officialverfügung betreffend.

---

1) Verfügungen des Concursgerichts, welche sich nicht auf Entscheidung der zum Concurs gehörigen Streitigkeiten beziehen, sondern sonst im gemeinsamen Interesse der Betheiligten getroffen werden, sind als Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit aufzufassen und unterliegen den hierfür geordneten Rechtsmitteln.

2) Der hamburgische Grundsatz der duae conformes gilt auch in den Fällen der Extrajudicial-Appellation.

3) Voraussetzung der duae conformes ist, daß gegen eine Entscheidung erster Instanz ein ordentliches Rechtsmittel ergriffen und dieses vom Obergericht verworfen worden sei.

4) Der Antrag auf Actenversendung nach § 142 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung findet auch bei Extrajudicial-Appellationen statt.

Rechtsfall. D. C. F. Nagel, früher Makler in Hamburg, gerieth durch übertriebene Speculationen in Grundstücken in Vermögensverfall. Er war hamburgischer Bürger und hatte bis zu Ende Februar 1869 auch seine Wohnung auf hamburgischem Gebiet, begab sich dann aber, nachdem er schon mehrfach verklagt und in Folge erkannten Universalarrestes auf das Fallitactuariat citirt worden war, nach einem ihm gehörigen Besitzthum im Holsteinischen, dem Hof Marien-

höhe bei Blankenese. Hier eröffnete das K. Amtsgericht dieses Ortes im Mai 1869 den Concurs gegen ihn, zeigte dies den hamburgischen Gerichten an und bestellte unter dem 26. Mai für die Concursmasse, „welche in hamburger Jurisdiction belegen sei," zwei eigne Curatoren in der Person des Dr. Belmonte und des Maklers C. P. Schütt in Hamburg. Das Handelsgericht zu Hamburg ließ sich aber, dem weiteren Inhalt seines Berichtes zufolge, durch dies Vorgehen nicht abhalten, auf den von einzelnen Gläubigern gestellten Antrag auch in Hamburg ein Fallitverfahren gegen Nagel zu eröffnen, beschränkte dasselbe jedoch, zu thunlichster Vermeidung von Collisionen, auf die in hamburgischem Gebiet befindlichen Activa des Falliten. Ungeachtet der von dem Amtsgericht in Blankenese erhobenen Einsprache, ließ das Handelsgericht in der auf den 27. Mai anberaumten Gläubigerversammlung die Wahl hamburgischer curatores bonorum vornehmen.

Zu der an eben diesem Tage gehaltenen Audienz des Obergerichts reichten die beiden holsteinischen Curatoren eine schriftliche Vorstellung ein, rubricirt „Ergebenste Supplication," worin sie den Verlauf erzählten mit der Behauptung, daß Nagel seit längerer Zeit sein festes Domicil in Marienhöhe habe, und unter Berufung auf die Universalität und Attractionskraft des zu Blankenese eingeleiteten gemeinrechtlichen Concursverfahrens, auf die dadurch begründete Prävention sowie endlich auf Art. 3 der norddeutschen Bundesverfassung, baten, „das Obergericht wolle veranlassen, daß das beim Handelsgericht eingeleitete Concursverfahren sistirt werde und erkennen, daß die Supplicanten legitimirt seien, die hamburgischen Activa für die zu Blankenese constituirte Masse zu realisiren." Nachdem ein Bericht des Handelsgerichtes eingezogen worden war, worin dieses sein bisheriges Vorschreiten zu rechtfertigen suchte und insbesondere die behauptete Domicilveränderung Nagels bestritt, erließ das Obergericht am 1. Juni 1869 einen Bescheid, welcher in den vorausgeschickten Motiven mit Bezugnahme auf § 6 des durch Art. 3 der norddeutschen Bundesverfassung nicht be-

seitigten Copenhagener Vergleichs vom 28. April 1736*) die hamburgischen Gerichte zum Concursverfahren gegen Nagel für ausschließlich competent erklärte und daran das Decisum anschloß, „daß auf die Anträge der Supplicanten nicht einzugehen," zugleich aber die Supplicanten auf die Bestimmung des Art. 10 Abs. 2 der neuen Falliten-Ordnung mit der Bemerkung hinwies, daß sich das Obergericht in dieser Beziehung eventuell weitere Anordnungen vorbehalte.

Gegen die abschlägige Entscheidung legten die holsteinischen Curatoren Extrajudicial-Appellation ein, und remonstrirten zugleich gegen den Schlußvorbehalt des Obergerichts mit der Bitte, denselben zurückzunehmen. Das Obergericht decretirte darauf am 18. Juni:

> da, abgesehen davon, ob die vorliegende Sache an und für sich mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels zur Competenz des Ober-Appellations-Gerichts stehen würde, das auch für Extrajudicial-Appellationen geltende Princip der duae conformes dem Antrage der Supplicanten entgegen stehe, auch der im Bescheide vom 1. Juni ausgesprochene Vorbehalt als solcher den Remonstrationen der Supplicanten nicht unterzüglich sei,

so sei der Ober-Appellation gegen das Decret vom 1. Juni nicht zu deferiren, auch auf die Remonstrationen gegen den darin enthaltenen Vorbehalt nicht einzugehen. Die Curatoren erhoben zeitig Beschwerde wegen abgeschlagener Appellation, verbanden damit die Ein- und Ausführung der Appellation selbst und baten hierüber die Entscheidung von einem Spruchcollegium einzuholen. Daneben ergriffen sie gegen den Schlußvorbehalt im Bescheide vom 1. Juni die einfache Beschwerde.

Das Ober-Appellations-Gericht verwarf mittelst Urtheils vom 23. Juli 1869 zwar diese letzte Beschwerde als unstatthaft, erklärte aber unter Aufhebung des obergerichtlichen Decrets vom 18. Juni sowohl die eingelegte

---

*) Vergl. Klefeker, Samml. der hamb. Gesetze rc. Bd. 9 S. 320 f.

Appellation als die dabei gebetene Actenversendung für zulässig und instruirte danach das weitere Verfahren.*)

Entscheidungsgründe.

I. Was die von den Appellanten wider den obergerichtlichen Bescheid vom 18. vor. Mts. erhobene Beschwerde wegen abgeschlagener Appellation betrifft, so mußte dieselbe für begründet erachtet werden. Denn

1) die Competenz des Ober-Appellations-Gerichtes für eine Sache der vorliegenden Art wird dadurch gerechtfertigt, daß richterliche Verfügungen im Concurs, die sich nicht auf Entscheidung der dahin gehörigen Streitigkeiten beziehen, sondern sonst im gemeinsamen Interesse aller oder mehrerer Betheiligter getroffen werden, nicht Ausflüsse einer administrativen Amtsthätigkeit sind, sondern den Charakter von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben, und dabei vorkommende Rechtsverletzungen den hierfür geordneten Rechtsmitteln unterliegen, wie dies auch bereits bei einer ähnlichen Veranlassung in der Sache

J. H. Matthias. Juli 1866,**)

anerkannt worden ist. Daß es sich aber hier um eine behauptete Rechtsverletzung handelt, bedarf schon deßhalb keiner Ausführung, weil die Appellanten die Incompetenz der hamburgischen Gerichte für das fragliche Fallitverfahren ausgesprochen wissen wollen. Es konnte aber

2) auch dem Entscheidungsgrunde des Obergerichtes, daß hier duae conformes vorlägen, nach der concreten Sachlage nicht beigetreten werden, obwohl die Wirkung der Conformität auch in Fällen der Extrajudicial-Appellation anerkannt werden muß.

---

*) Die Sache fand einige Wochen später ihre Erledigung durch eine Verfügung des K. Appellations-Gerichtes in Kiel, worin das in Hamburg eröffnete Fallitverfahren für die dort befindlichen Activa als berechtigt anerkannt, und in Folge deren die bis dahin verfolgte Extrajudicial-Appellation aufgegeben wurde.

**) S. Bd. 2 dieser Samml. S. 530.

Vergl. Dr. Schlüter, im Auftr. der Lebensversich.-Bank zu Gotha, Juni 1868.*)

Die am 27. Mai beim Obergericht eingereichte Supplication ist nämlich weder von den jetzigen Appellanten als ein gegen eine handelsgerichtliche Verfügung ergriffenes ordentliches Rechtsmittel kenntlich gemacht, noch als solches vom Obergericht behandelt worden. Obwohl es darin als unrichtig dargestellt wird, daß das Handelsgericht ein Fallitverfahren gegen ꝛc. Nagel eingeleitet habe und fortsetze, so wird doch weder durch eine Beschwerde-Formulirung, noch sonst irgendwie zu erkennen gegeben, daß über eine Entscheidung des Handelsgerichtes Beschwerde geführt werden solle, viel weniger ist eine bestimmte Verfügung desselben als die gravirende bezeichnet und vorgelegt worden. Inhalt und Form der Eingabe, insbesondere auch die auf ein „commissorium an das Handelsgericht," auf „zu veranlassende Sistirung des eingeleiteten Concursverfahrens" gerichtete Bitte, lassen vielmehr nur annehmen, daß das Obergericht mit dem Antrag auf eine erstinstanzliche Verfügung habe angegangen werden sollen. Und dem entspricht es denn auch, daß das Obergericht in dem Decret vom 1. vor. Mts. nicht eine handelsgerichtliche Verfügung bestätigt, oder eine Beschwerde verworfen, sondern nur ausgesprochen hat, es sei auf die Anträge der Supplicanten nicht einzugehen.

Hiezu kommt aber namentlich, daß die erst am 26. Mai in Blankenese zu Curatoren bestellten jetzigen Appellanten bis zur Einreichung jener Supplication bei dem vom Handelsgericht eingeleiteten Fallitverfahren noch gar nicht betheiligt waren, dieses Verfahren also auch eine gegen sie ergangene richterliche Entscheidung noch nicht enthalten konnte, und somit, bevor die Appellanten erfolglose Anträge an das Handelsgericht gestellt hatten, die Lage der Sache zur Ergreifung eines ordentlichen Rechtsmittels noch gar nicht geeignet scheinen mußte. Wenn von den Appellanten, überein-

*) S. Bd. 4 dieser Samml. S. 498 f.

stimmend mit der berichtlichen Angabe des Handelsgerichtes, einer vorausgegangenen Einsprache des Amtsgerichtes zu Blankenese gedacht wird, so kann im Zweifel diesem Schritt der Charakter einer Partei-Handlung, die von den Appellanten nur weiter fortgeführt wäre, nicht beigelegt werden. Nach dem allen kann man nicht umhin anzunehmen, daß die Appellanten sich an das Obergericht wandten, nicht um über ein Rechtsmittel entscheiden zu lassen, sondern damit das Obergericht vermöge einer ihm nach Ansicht der Supplicanten zustehenden Oberaufsicht und Oberleitung selbstständig eingreife und dem Fallitverfahren in Hamburg ein Ende mache; wobei hier nicht erörtert zu werden braucht, ob und inwieweit die Ansicht der Supplicanten eine richtige war.

II. Die auf Grund dieses Ergebnisses im Urtheil zum Behuf der weiteren Instruction der Extrajudicial-Appellation getroffenen Verfügungen bedürfen nach den Umständen des vorliegenden Falles keiner besonderen Rechtfertigung. Namentlich ist auch schon früher in Fällen der Extrajudicial-Appellation auf Actenversendung erkannt worden,

vergl. Blume, O.-A.-G.-Ordn. § 142 Note 6,

und daß man hier nach Analogie der streitigen Sachen ein Enderkenntniß als angefochten anzusehen hat, unterliegt keinem Zweifel.

III. Soviel die gegen den Ausspruch am Schluß des obergerichtlichen Decretes vom 1. vor. Mts. ergriffene einfache Beschwerde betrifft, so konnte in der Hinweisung auf die bezeichnete Stelle der N. Falliten-Ordnung, mochte sie begründet sein oder nicht, und in dem hinzugefügten Vorbehalt, da hiedurch den Appellanten noch in keiner Weise präjudicirt wird, eine für die einfache Beschwerde geeignete Verletzung oder Ungebühr nicht gefunden werden.

Hamburg. 72.

Wilhelm Beißenhirtz und **Johann Hermann Harms** zu Moorburg, als Vormünder der minorennen Kinder des verstorbenen **Johann Friedrich Bödecker**, Kläger, wider **Emma Berens** zu Ovelgönne, jetzt **Dr. Wex** zu Hamburg, in Vollmacht derselben, Beklagten, betreffend Forderung aus einem Afterpachtcontract.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte durch Erkenntniß vom 10. September 1869 eine Entscheidung des Obergerichts aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

In der Beurtheilung des streitigen Punktes, ob die Worte des zwischen dem Vorgänger der Beklagten, Blecken, und dem verstorbenen Vater und Erblasser der klagenden Minorennen, Bödecker, am 15. Decbr. 1845 vollzogenen Afterpachtvertrages,

> „bei Ablauf der Pachtzeit solle — eine Taxation der alsdann durch den Bödecker oder Successoren zum Stehenbleiben errichteten Gebäude stattfinden, und der aus der Taxation sich ergebende Betrag dem Afterpächter vergütet werden,"

wie die Beklagte principaliter behauptet, dem Afterpächter keinerlei Rechte in Betreff des Werths der Gebäude zusicherten, eventualiter, ob darin die Bestimmung zu erblicken sei, daß dem Afterpächter der zu taxirende Abbruchswerth der Gebäude zukommen solle, oder endlich ob dem Afterpächter dadurch das Recht eingeräumt sei, Vergütung des Werthes, welchen die vorhandenen zur dauernden Benutzung bestimmten Gebäude, als solche, zur Zeit des Ablaufs der Pachtzeit hätten, zu verlangen, mußte dem Obergerichte, welches sich für die dritte der vorstehenden Auffassungen erklärt hat, bei-

getreten werden. Die Wortfassung läßt, wie ohne Weiteres einleuchtet, keine andere als die letzte der vorstehend angegebenen Auslegungen zu, während ebensowenig die erste Auslegung, wie die zweite, in irgend einem Theile jenes Satzes eine Begründung findet.

Bei diesem klaren Wortverstande mußte denn auch verblieben werden, da die Beklagte keinen Grund geltend gemacht hat, welcher eine Abweichung davon zu rechtfertigen vermöchte. Sie beruft sich darauf, daß die in Rede stehende Bestimmung, wenn sie ihrem Wortsinne nach aufgefaßt werden sollte, in solchem Maße für den Afterverpächter Blecken und seinen Nachfolger unvortheilhaft gewesen sein würde, daß nicht angenommen werden könne, er habe den betreffenden Punkt so ordnen wollen. Nun hat es zwar seine Richtigkeit, daß, wenn der folgende Pächter des fraglichen Pachtgutes, resp. die Eigenthümerin desselben, die Kämmerei, bei Ablauf der Pachtzeit durch die Weigerung, das in Rede stehende Gebäude überhaupt oder zu einem angemessenen Preise zu übernehmen, den Blecken oder dessen Nachfolger dazu genöthigt hätte, das Gebäude abbrechen zu lassen, oder doch mit einer den Werth desselben nicht erreichenden Vergütung sich zu begnügen, der Minderbetrag des Materialienwerthes, eventualiter derjenige der zu erlangenden Vergütung gegen die dem Afterpächter zu zahlenden Taxsumme des Gebäudes, von dem Blecken oder dessen Nachfolger als Verlust zu tragen gewesen wäre, allein das möglicherweise Unvortheilhafte dieser Contractsbestimmung reicht nicht aus, um sich über dieselbe hinwegzusetzen. Nur unter besonderen Umständen kann das Nachtheilige einer contractlichen Feststellung für den einen der contrahirenden Theile die Veranlassung zu der Annahme werden, daß die Contrahenten ihren Willen ungenau ausgedrückt, und beide nicht das eigentlich Ausgesprochene, sondern ein gewisses anderes, dem einen von ihnen minder Nachtheiliges beabsichtigt hätten. Hier ist das Sachverhältniß im Jahre 1845 ein solches gewesen, daß die Unmöglichkeit, Bödecker habe die fragliche Stipulation in dem Wortsinn,

in welchem sie ausgedrückt wurde, aufgefaßt, nicht angenommen werden kann. Auch fehlt es, wie schon oben bemerkt worden ist, an Momenten für ein bestimmtes anderes von beiden Contrahenten muthmaßlich gehegtes Verständniß.

Ueberdies bestehen mögliche und in gewissem Grade sogar nicht unwahrscheinliche Erklärungsgründe dafür, daß Blecken die fragliche Bestimmung wirklich dem Wortsinne nach aufgefaßt habe.

Blecken kann den von ihm mit der Kämmerei abgeschlossenen Pachtcontract in dessen § 7 Alinea 3 recht wohl dahin verstanden haben, daß, wenn die Kämmerei ihren Consens zur Aufführung eines neuen Gebäudes ertheile, sie dadurch zugleich die Verpflichtung übernehme, bei dem Ende des Pachtverhältnisses Taxation und Vergütung des Werths des Gebäudes eintreten zu lassen. Wenn er, von dieser Ansicht ausgehend, gegen das Ende des Jahres 1845 bei der Kämmerei die Erlaubniß zur Errichtung des von Bödecker aufzuführen beabsichtigten Gebäudes nachsuchte und im Allgemeinen erlangte, so kann er von der Ansicht ausgegangen sein, daß ihm Erstattung jenes Werthes gesichert sei, worauf dann kein Bedenken bestand, seinem Afterpächter die in dem Contract aufgenommene Zusage zu machen. Freilich zeigte es sich später, im August 1847, als Blecken die Beurkundung der von der Kämmerei ertheilten Bau-Erlaubniß herbeiführte, daß die Kämmerei nur in dem Sinne dieselbe ertheilt habe oder doch ertheilt zu haben der Meinung war, das Stehenbleiben oder die Beseitigung des Gebäudes, resp. die Vergütung des Werthes desselben werde von der Willensbestimmung des neuen Pächters, eventualiter von einer mit demselben abzuschließenden Vereinbarung, abhängig sein; allein dies konnte auf den fast zwei Jahre früher mit Bödecker in einem anderen Sinne abgeschlossenen Contract einen modificirenden Einfluß nicht ausüben. Dafür, daß Blecken im December 1845 der oben angegebenen Auffassung des Kämmerei-Contractes gefolgt sei, spricht einigermaßen der Umstand, daß die Art der Ausmittelung des Gebäudewerthes

in dem Afterpachtcontract in völliger Uebereinstimmung mit der bezüglichen Bestimmung jenes ersten Contractes geordnet worden ist.

Noch andere Gründe sind denkbar, welche den Blecken haben veranlassen können, sich der Gefahr eines ihn nach Ablauf der Pachtzeit möglicherweise treffenden Verlustes auszusetzen; wenn etwa das Pachtgut ohne ein darauf zu errichtendes Gebäude ackerbaulich nicht gehörig hätte verwerthet werden können und es dem Blecken an den zur Erbauung des Gebäudes erforderlichen Geldmitteln gefehlt hätte, u. dgl. mehr. Nach dem Allen ist das aus der Unvortheilhaftigkeit der in Rede stehenden Bestimmung für Blecken abgeleitete Argument der Beklagten verwerflich.

Die Beklagte vermeint, gegen die klägerische, auch vom Obergerichte gebilligte Auffassung geltend machen zu dürfen, daß die Worte „zum Stehenbleiben errichteten" (Gebäude) in dem von den Klägern beigebrachte Contract-Exemplare unterstrichen seien. Auf diese Auszeichnung der angeführten Worte — wenn dieselben schon ursprünglich bei Anfertigung oder Unterzeichnung der Urkunde stattgehabt haben sollte — kommt es hier nicht an. Die Auszeichnung von einzelnen Sätzen oder Worten in schriftlichen Urkunden durch größere Schriftzüge oder Unterzeichnung kann den auf solche Weise besonders bemerklich gemachten Sätzen oder Worten wohl einen besonderen Nachdruck verleihen, nicht aber ihnen einen Sinn beilegen, der an sich ihnen nicht beiwohnt.

Nicht minder hinfällig ist es, wenn die Beklagte behauptet, es müsse hier aus dem Grunde gegen die Kläger interpretirt werden, weil ihr Erblasser Böbecker derjenige gewesen sei, qui clarius loqui debuisset. Die von der Beklagten in Bezug genommene Auslegungsregel kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn wirklich Dunkelheit eines Vertrags-Inhaltes vorhanden ist. Der in Rede stehende Passus des Pacht-Contractes ist aber an sich klar. Eventualiter würde im Zweifel zu Ungunsten der Beklagten, als der Nachfolgerin des Verpächters, zu interpretiren sein.

Auch der von der Beklagten gestellte Antrag, die Kläger zu dem von ihnen in erster Instanz eventualiter angebotenen Beweise, daß der Vertrag von beiden Contrahenten in dem klagend geltend gemachten Sinne verstanden worden sei, zu verpflichten, mußte für grundlos erachtet werden. Eines solchen Beweises bedarf es zufolge des obigen auf Seiten der Kläger nicht mehr. Eine Zulassung der Beklagten zu dem Beweise, daß das von ihr vertretene Verständniß des Contracts das von Blecken und Böbecker im Jahre 1845 gehegte gewesen sei, steht überhaupt nicht in Frage, da die Beklagte keine auf solche Beweisnachlassung gerichtete Beschwerde aufgestellt hat, wie es denn auch an einer gehörigen Substantiirung eines derartigen Vorbringens fehlen würde.

Bremen. 73.

Dr. J. Smidt zu Bremen, als curator ad hoc des minderjährigen **Johann Hermann Diedrich Loose** in Dresden, Intervenienten, wider den Pastor **Bernhard Loose** und **Dr. med. Hermann Daniel Müller** zu Bremen, jetzt den Ersteren allein, Imploranten und Interventen, die Todeserklärung von **Johann Hinrich Müller** betreffend.

---

1) Die Edictalladung und Todeserklärung Verschollener ist nach gemeinem Recht nur eine Sicherungsmaßregel, um die Verschollenheit, als Voraussetzung der an die Vollendung des 70. Lebensjahres geknüpften Präsumtion des Todes, in förmlicher Weise zu constatiren. Sie gehört danach dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit an.

2) Nach vielen Particularrechten, insbesondere dem preußischen und sächsischen und so auch nach der bremischen Verordnung vom 3. Juli 1826 ist dagegen das Edictalver-

fahren gegen den Verschollenen gerichtet, und die am Schluß desselben ergehende richterliche Todeserklärung als Entstehungsgrund der Todespräsumtion anzusehen; und danach hat das Verfahren den Charakter einer streitigen Civilsache.

3) Nach der bremischen Gerichtsordnung ist jede Intervention, bei welcher das vom Intervenienten geltend gemachte Interesse nicht mit dem eines der streitenden Theile identisch ist, als Hauptintervention aufzufassen. Daß sie gegen beide bisherige Parteien gerichtet sei, ist nicht erforderlich.

Rechtsfall. Der im Jahre 1803 geborene und etwa 20 Jahre später nach Brasilien abgegangene bremische Bürgerssohn Joh. Hinr. Müller wurde, als er 1837 auf kurze Zeit nach Bremen zurückgekehrt war, daselbst pro prodigo erklärt und wurden ihm sein Bruder, Dr. med. Müller, sowie sein Schwager, Pastor Bernh. Loose, zu Curatoren bestellt. Joh. Hinr. Müller ging darauf wieder nach Brasilien und hat seitdem keine Nachricht wieder von sich gegeben. Nachdem das von den Curatoren verwaltete Capitalvermögen auf 5000 ℔ angewachsen war, stellten sie im Sommer 1866 unter Ueberreichung entsprechender Bescheinigungen den Antrag auf Todeserklärung des Abwesenden, indem sie bemerkten, daß sie der geführten Verwaltung durch Aushändigung des Vermögens an die Berechtigten überhoben zu werden wünschten, und daß die muthmaßlich nächsten Erben die Geschwister und Geschwisterkinder des Verschollenen seien. Bei einer persönlichen Vernehmung vor der Pupillencommission am 4. September erklärten die Curatoren noch, sie wollten als nächste Miterben die Todeserklärung beantragt haben, und leisteten den gesetzlich vorgeschriebenen Diligenzeid. Nunmehr verfügte das Obergericht am 5. September 1866 die Edictalladung des Verschollenen, sowie der unbekannten Erben und Gläubiger desselben, auf den 9. December 1867. In diesem Termin meldete sich außer dem Vertreter der beiden Imploranten auch der Dr. J. Smidt als ad hoc bestellter Curator des im Jahre 1851 geborenen Joh. Herm. Diedr. Loose zu

Dresden, eines Schwester-Enkels des Verschollenen, legitimirte sich durch sein Constitutorium, und erklärte, er contradicire der Todeserklärung und intervenire gegen alle Anträge, indem er einen Geschwisterantheil beanspruchte, welcher seinem Curanden nach dem in Brasilien, wo Implorat zuletzt domicilirt gewesen sei, geltenden Rechte zukomme. Zugleich bat er um eine vierwöchentliche Frist zur Begründung seiner Anträge, da er noch nicht genügend instruirt sei. Der Verschollene erschien nicht, und der Vertreter der Imploranten beantragte Vollziehung des Präjudizes. Das Obergericht entsprach diesem Antrage durch Decret von demselben Tage, indem unter Bezugnahme auf die Edictalladung und deren Erfolglosigkeit ausgesprochen wurde,

> es werde das angedrohte Präjudiz vollzogen, demgemäß Joh. Hinr. Müller nach Maßgabe der Verordnung vom 3. Juli 1826 für todt erklärt, und seien die nicht erschienenen unbekannten Erben und Gläubiger mit ihren Ansprüchen an den Nachlaß präcludirt, wogegen den im Termin erschienenen ihre Ansprüche vorbehalten blieben.

Gegen dieses Decret legte Dr. Smidt für seinen Curanden, den er dabei als Intervenienten bezeichnete, das Rechtsmittel der Revision ein und ließ zu dessen Einführung den Vertreter der Imploranten und Interventen citiren, indem er sich beschwerte, daß die Todeserklärung bereits am 9. December 1867 ausgesprochen sei, und eventuell, daß das Obergericht sich überhaupt zum Ausspruch der Todeserklärung für competent erachtet habe. Der Vertreter der Imploranten bat bei der Einführung, das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen, da kein streitiges Rechtsverhältniß vorliege. Das Obergericht beraumte jedoch mit Vorbehalt dieses Einwandes einen Rechtfertigungstermin an. Hier suchte Dr. Smidt, indem er anerkannte, daß sein Curande nach der jetzigen Sachlage und nach bremischem Rechte nicht zur Erbschaft gelangen würde, insbesondere näher darzulegen, daß der Verschollene wirklich in Brasilien domicilirt gewesen, und die im Jahre 1837 in Bremen über ihn bestellte cura prodigi eine

unberechtigte und nichtige sei, daß aber auch nicht das Nöthige geschehen sei, um am letzten Aufenthaltsort des Verschollenen etwas über sein Schicksal zu erfahren, und die Edictalladung nicht nach den Formen und Fristen des Brasilianischen Rechtes ergangen sei.

1) Das Obergericht

verwarf hierauf mittelst Erkenntnisses vom 23. April 1868 die ergriffene Revision als unstatthaft, aus folgenden Gründen. Der Revident bezeichne zwar jetzt die Imploranten als Interventen, aber seine Procedur im Termin vom 9. December 1867 sei ungeachtet des daselbst gebrauchten Ausdrucks, „er intervenire gegen alle Anträge," nicht als Intervention im processualischen Sinne zu erkennen und nicht geeignet gewesen, die jetzt als Proceßgegner herangezogenen Personen, welche bis dahin sich mit Niemand in einem Rechtsstreit befunden hätten, plötzlich zu einer Proceßpartei zu machen, welche berufen wäre, den Bescheid des Obergerichts zu vertheidigen. Eine wahre Intervention sei bei dem eingeleiteten Edictalverfahren überall nicht denkbar. Denn ein Rechtsstreit zwischen andern Personen sei im Augenblick, wo Revident erklärt habe, gegen alle Anträge zu interveniren, nicht vorhanden gewesen. Der Antrag auf Todeserklärung und die damit verbundene Aufforderung der unbekannten Erben und Gläubiger könne nicht wohl als ein Rechtsstreit angesehen werden. Er setzte nach § 7 der Verordnung vom 3. Juli 1826 nicht etwa die Geltendmachung eines Erbrechtes oder eines sonstigen Anspruches an das Vermögen des Verschollenen voraus, sondern nur ein rechtliches Interesse; und so hätten auch die damaligen curatores prodigi nur den Wunsch, der Curatel-Verwaltung überhoben zu werden, als Grund ihres Antrags angegeben. Das fragliche Edictalverfahren enthalte nicht einmal eine Provocation zur Klage, sondern nur zur Kundgebung unbekannter Ansprüche, welche letztere dann nöthigenfalls erst in einem nachher zu erhebenden Rechtsstreite durchgeführt werden müßten. Damit hänge es zusammen, daß der Revident es unklar lasse, ob er

accessorisch oder principaliter interveniren wolle; für Ersteres fehle ihm jedes eigne Interesse, und zu einer Hauptintervention werde nothwendig ein gegen beide streitende Theile klagend zu verfolgender durch den Hauptproceß gefährdeter Rechtsanspruch auf das Streitobject vorausgesetzt. Auch abgesehen von diesem Bedenken würde aber die Revision nicht das geeignete Rechtsmittel sein. Denn das vorliegende Edictalverfahren könne, wie bemerkt, füglich nicht als ein Civilproceß charakterisirt werden, sondern sei ein Officialverfahren, in welchem die Imploranten zwar bei der obervormundschaftlichen Behörde ihren Antrag gestellt hätten und gehört worden seien, aber darum doch nicht als Gegner des Revidenten erschienen. Die Verschiedenheit von einem Civilrechtsstreit nach der Verhandlungsmaxime ergebe sich aus den Bestimmungen der Verordnung vom 3. Juli 1826 auf das deutlichste. Die vormundschaftlichen Behörden, bei denen die Anträge anzubringen seien, müßten von Amts wegen thätig werden, um die Richtigkeit der vorgetragenen Behauptungen und alle sonstigen Verhältnisse selbstständig auszumitteln (§ 5 u. 9); insbesondere seien auch in der Edictalladung alle nicht betheiligten Personen zur Mittheilung von Nachrichten aufzufordern (§ 13), und nur wenn solchergestalt selbst im Edictaltermin keine Kunde vom Leben des Verschollenen eingegangen sei, spreche das Obergericht die Todeserklärung aus (§ 14). Dieser Bescheid aber werde nicht etwa unabänderlich, sondern könne später durch den Beweis des Lebens oder einer andern Todeszeit wieder beseitigt werden (§ 16, 32). Alles dieses passe nur zu einem Officialverfahren. Danach aber sei nicht die Revision, sondern nur die Extrajudicial-Appellation an das Ober-Appellations-Gericht das richtige Rechtsmittel gewesen.

Dr. Smidt appellirte gegen diese Entscheidung, sah sich aber nunmehr zugleich veranlaßt, am 6. Mai 1868 beim Obergericht noch das Rechtsmittel der Extrajudicial-Appellation gegen die Verfügung vom 5. September 1866 und eventuell gegen das Präclusiv-Erkenntniß vom 9. Decbr. 1867

einzulegen, führte dasselbe auch beim Ober-Appellations-Gericht ein, indem er wegen der versäumten Nothfristen um Restitution bat.

2) Das Ober-Appellations-Gericht erklärte hierauf durch Urtheil vom 23. September 1869, unter Aufhebung der obergerichtlichen Entscheidung vom 23. April 1868, die gegen das Präclusiv-Erkenntniß vom 9. December 1867 ergriffene Revision für statthaft und verwies die Sache zur weiteren Entscheidung über deren Grund oder Ungrund an das Obergericht zurück, indem es zugleich das hinsichtlich der nachträglich eingelegten Extrajudicial-Appellation angebrachte Restitutionsgesuch wegen mangelnder Läsion verwarf.

Entscheidungsgründe.

In dem wegen Todeserklärung des verschollenen Johann Hinrich Müller anhängigen Verfahren ist der zum Specialcurator des minderjährigen Joh. Herm. Diedr. Loose bestellte Dr. J. Smidt als Intervenient aufgetreten, und es liegen gegenwärtig zwei von Seiten desselben ergriffene Rechtsmittel zur Beurtheilung vor: die ordentliche Appellation gegen das Erkenntniß des Obergerichtes vom 23. April 1868, und die nachträglich wider die obergerichtlichen Decrete vom 5. September 1866 und vom 9. December 1867 eingelegte Extrajudicial-Appellation, in Bezug auf welche er um Restitution wegen der versäumten Nothfristen gebeten hat. So viel nun

A. jenes erstere Rechtsmittel betrifft, so bedarf zunächst der Legitimationspunkt auf Seiten der Appellaten einer Erwähnung. Es ist nämlich nicht nur von dem jetzigen Vertreter derselben angezeigt, sondern auch vom Obergericht in den Entscheidungsgründen zur sententia a qua bestätigt worden, daß der eine der beiden Imploranten der Edictalladung, der Dr. med. Müller, im Laufe des Verfahrens verstorben sei. Die Imploranten hatten in ihrer schriftlichen Eingabe vom 24. Juni 1866 als Anlaß zu ihrem Antrag auf Todeserklärung des Verschollenen den Wunsch

hervorgehoben, daß der anhaltenden Ungewißheit ein Ende gemacht werde, damit sie das von ihnen verwaltete Vermögen an die Berechtigten aushändigen könnten, also das Verlangen, ihres Amtes als curatores progidi entledigt zu werden. In ihrer mündlichen Vernehmung vom 4. September 1866 hatten sie jedoch erklärt, sie wollten als muthmaßlich nächste Miterben des Verschollenen hierdurch die Todeserklärung desselben beantragt haben. Jeder dieser beiden Gründe ist rein persönlicher Natur, und jeder der Imploranten mußte danach für befugt gehalten werden, das Edictalverfahren auch allein zu beantragen und durchzuführen. Der Pastor B. Loose nimmt daher nach dem Tode des Dr. med. Müller noch allein die Stelle des Imploranten ein und steht dem Appellanten allein als Gegner gegenüber, ohne daß es weiterer Schritte wegen einer Nachfolge für den Dr. med. Müller bedarf. Der jetzige Vertreter der appellatischen Partei, Dr. Weylandt, stellt sich daher durch das beigebrachte Substitutorium des Dr. Nagel als genügend legitimirt dar, während die von dem Pastor Loose und dessen Sohn in der Eigenschaft eines curator absentis neu ausgestellte Vollmacht vom 28. April ds. Js. nicht in Betracht kommt, weil die erst beim Erlaß der Edictalladung am 5. September 1866 bestellte cura absentis an der Eigenschaft der vorher aufgetretenen Imploranten nichts geändert hat.

Zur Sache selbst besteht die alleinige Beschwerde des Intervenienten darin, daß das von ihm gegen das obergerichtliche Decret vom 9. December 1867, wodurch der Verschollene Joh. Hinr. Müller für todt erklärt wurde, ergriffene Rechtsmittel der Revision durch das Erkenntniß des Obergerichts vom 23. April 1868 als unstatthaft verworfen worden ist. Die Entscheidung des Obergerichts aber gründete sich darauf, daß der Intervenient einerseits und der Implorant andererseits keine Proceßgegner seien, überhaupt keine streitige Civilsache vorliege. Es kommt hiernach auf die beiden Fragen an, ob das vom Imploranten beantragte

Edictalverfahren die Eigenschaft eines Civilrechtsstreites habe oder nicht, und ob bejahenden Falls das Auftreten des Appellanten im Edictaltermin ihm formell eine Parteistellung darin zu geben vermöge.

Was

I. die aufgeworfene Hauptfrage betrifft, so können Edictalladungen sehr verschiedenen Zwecken dienen und je nach Umständen Bestandtheil eines Civilrechtsstreites, einer gerichtlichen Untersuchung, einer nicht-streitigen Rechtssache, auch einer Administrativsache sein. Auch bei dem auf Todeserklärung Verschollener gerichteten Edictalverfahren läßt sich die Frage nicht durchaus gleich beantworten; vielmehr kommt es darauf an, welcher rechtliche Charakter einem solchen Verfahren nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht zugeschrieben werden muß.

1) Es lassen sich in Deutschland zwei Hauptarten der Einrichtung unterscheiden. Nach der einen wird an ein bestimmtes vom Verschollenen zurückgelegtes Lebensalter die rechtliche Vermuthung seines Todes geknüpft; bevor man aber diese Präsumtion zur Richtschnur aller weiteren Anordnungen nimmt, wird erst der Versuch gemacht, durch eine öffentliche Aufforderung zur Meldung die factische Ungewißheit zu heben. Die andere Einrichtung ist, daß denjenigen, welche an der Beseitigung der Ungewißheit ein Interesse haben, das Recht gegeben wird, den Verschollenen, sobald seit seiner Entfernung oder seit den letzten Nachrichten über ihn ein gewisser Zeitraum verflossen ist, öffentlich vorladen und, wenn dies ohne Erfolg bleibt, durch richterlichen Ausspruch für todt erklären zu lassen.

Die erstere Einrichtung ist die gemeinrechtliche. Nach gemeinem Recht beruht die Präsumtion des Todes auf den zwei Voraussetzungen: einmal, daß Jemand als wirklich verschollen anzusehen, seine Abwesenheit also von einer Art und Dauer sei, wodurch die Aussicht auf Erlangung glaubhafter Nachricht über sein Leben oder seinen Tod ausgeschlossen wird; sodann, daß seit der Geburt des Verschollenen

70 Jahre verflossen seien. Daran knüpft sich aber auch der Rechtssatz unmittelbar. Ergeht eine öffentliche Aufforderung zur Meldung in einer gewissen Frist, so soll hierdurch nicht etwa die Präsumtion des Todes erst rechtlich begründet oder herbeigeführt, vielmehr nur für die erste jener beiden Voraussetzungen eine bestimmtere und festere Grundlage gewonnen, die Thatsache der Verschollenheit in förmlicher Weise constatirt werden. Die andere Einrichtung, wobei das entscheidende Gewicht auf der richterlichen Todeserklärung beruht, darf als das preußisch-sächsische System bezeichnet werden; sie ist mit Bestimmtheit zuerst in einer preußischen Verordnung vom 23. October 1763 hervorgetreten, deren Hauptsätze das preußische Landrecht Th. I. Tit. 1 § 37, Th. II. Tit. 18 § 823—855 beibehalten hat, und wurde im Wesentlichen nicht lange nachher in Kursachsen durch zwei Mandate vom 13. November 1779 angenommen, wobei auch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863 (§ 37—44) mit geringen Modificationen geblieben ist. Seit 1779 haben sich andere deutsche Particulargesetze zum Theil dem preußisch-sächsischen System völlig angeschlossen, z. B. das Oesterreichische, zum Theil nur einzelnes daraus aufgenommen. Bedeutenden Einfluß haben aber die Bestimmungen desselben auch auf die gemeinrechtliche Doctrin ausgeübt, und erst die neueren wissenschaftlichen Bearbeitungen

vergl. Kraut, die Vormundschaft Bd. 2 S. 244—266,
Bruns, über die Verschollenheit in Bekker und Muther Jahrb. ds. gem. Rs. Bd. 1 S. 90—201,

lassen die nothwendige Scheidung klarer erkennen.

Wie Bruns (S. 179 ff.) gezeigt hat, war im gemeinen Recht die Präsumtion, daß ein Verschollener mit zurückgelegtem 70. Lebensjahr als verstorben zu gelten habe, längst zur Anerkennung gelangt, ehe man dabei von Edictalaufforderungen Gebrauch machte. Diese wurden erst seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts, besonders durch Einwirkung der genannten Particularrechte und unterstützt durch practisches Bedürfniß, allmählig üblich, und wenn sie auch

jetzt in den meisten Gerichtsbezirken zur festen Gewohnheit geworden sind, so ist doch von namhaften Schriftstellern noch lange nach jener Zeit vertheidigt worden, daß die Edictalcitation keine unerläßliche Bedingung für die Wirksamkeit der Präsumtion sei,

vergl Glück, Comment. Bd. 33. S. 300—303,

und die herrschende Doctrin hat mindestens immer anerkannt, daß die Edictalladung nur zur größeren Sicherstellung für die Grundlage der Präsumtion diene, das richterliche Decret nur declaratorischer Natur sei, und dessen Inhalt nicht eigentlich eine Todeserklärung, sondern nur die Constatirung der Verschollenheit bedeute.

S. Thibaut, Pand. (ed. 7) § 532, vergl. mit Braun's Erört. hierzu,
Cropp, in den Jurist. Abhdl. II. S. 138 f.,
Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. 4 S. 371 f.,
Savigny, Syst. Th. II. S. 19,
Puchta, Pand. § 115,
Keller, Pand. § 21,
Seuffert, pract. Pand.-R. § 39,
Beseler, deutsch. Priv.-R. § 58,
Windscheid, Pand. § 53.

Hat der Richterspruch nur diese Bedeutung, so kann er für den Verschollenen auch keinen Rechtsnachtheil irgend einer Art nach sich ziehen. Die Präsumtion macht es möglich, alle Vermögensverhältnisse so zu ordnen, als wäre der Verschollene verstorben; erscheint er später dennoch wieder, so ist ihm an seinen Rechten nichts verloren, mag er auch factisch in größerem oder geringerem Grade benachtheiligt sein, insofern die in Besitz seines Vermögens gelangten Personen sich auf gerechtfertigten Irrthum berufen dürfen.

Ganz anders verhält es sich nach dem preußisch-sächsischen System. Das hier vorgeschriebene gerichtliche Verfahren soll nicht bloß die Verschollenheit außer Zweifel setzen, sondern in Folge dessen zugleich die Präsumtion des Todes selbst zur Entstehung bringen. Wenn die Gesetzgebung neben der Zulassung eines solchen Verfahrens auch noch eine von selbst mit Erreichung eines bestimmten Lebensalters (70, 80 oder

90 Jahre) eintretende Todespräsumtion bestehen läßt,

vergl. Preuß. Landr. I, 1 § 38, II, 2 § 452 f., Sächs. bürg. Gesetzb. § 45, 2297,

so ist dies nichts Widersprechendes, sondern zeigt nur um so bestimmter, daß das gerichtliche Verfahren nicht zum bloßen Beurkunden und Bestärken, sondern zum Schaffen eines Rechtszustandes bestimmt ist. Von dem Standpunkt aus, daß der Verschollene einstweilen als noch lebend zu behandeln sei, wird denen, die an der Lösung der Ungewißheit ein Interesse haben, nach einer gewissen Dauer der Abwesenheit (Regel: in Preußen 10, in Sachsen 20 Jahre) das Recht beigelegt, auf Todeserklärung anzutragen; die Todeserklärung aber ist bedingt durch ein ordnungsmäßiges Edictalverfahren und erfolgt am Schluß desselben durch förmliches richterliches Urtheil. Die Präsumtion des Todes hat hiernach in dem richterlichen Urtheil stets ihre concrete Quelle. Bei dieser Grundlage konnte es denn auch keinen Anstand haben, den Verschollenen, welcher auf die Edictalcitation nicht erscheint, mit einzelnen mehr oder weniger streng bestimmten Rechtsnachtheilen zu bedrohen. So besteht namentlich eine von dem zurückgebliebenen Ehegatten eingegangene anderweite Ehe fort, auch wenn der für todt Erklärte zurückkehrt, während, wenn keine Wiederverheirathung erfolgte, die alte Ehe als fortdauernd angesehen wird.

Preuß. Ldr. II, 1 § 665—667, 692, etwas modificirt im Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 1708—1710.

Ferner kann der Zurückgekehrte die Verfügungen, welche der Besitzer seines Vermögens mit einem Dritten getroffen hat, zu dessen Nachtheil nicht anfechten, mit Ausnahme reiner Schenkungen. Und wenn der Verschollene erst nach einer bestimmten Reihe von Jahren (z. B. nach 30 Jahren) nach der Todeserklärung zurückkehrt, so bleibt ihm nur noch ein Anspruch auf nothdürftigen Unterhalt aus seinem früheren Vermögen.

Preuß. Ldr. II, 18 § 847 – 852.

In Sachsen galt früher sogar der Satz, daß der nach Rechts-

kraft des Präclusiv-Erkenntnisses zurückkehrende Verschollene, wenn er nicht noch binnen Jahresfrist Entschuldigungs- oder Restitutionsgründe beibringe, seines einmal für vererbt erklärten Vermögens für immer verlustig werde.

S. Wiener, syst. proc. II. § 284 (ed. 2 § 288),
Haase, Edictallad. S. 122.

Neben dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Systeme giebt es einige Punkte, die zwar besser zu dem einen oder besser zu dem andern passen, auf die jedoch kein entscheidendes Gewicht gelegt werden kann. So scheint es der Consequenz des gemeinrechtlichen Systems zu entsprechen, daß der Zeitpunkt des vollendeten 70. Lebensjahres, der Consequenz des preußisch-sächsischen Systems, daß der Moment der rechtskräftig gewordenen Todeserklärung als der des präsumtiven Todes gelte, wie Letzteres auch in der Preußischen, Oesterreichischen und mehreren verwandten Gesetzgebungen sehr bestimmt ausgesprochen ist. Dennoch kommen auf beiden Seiten bemerkenswerthe Ausnahmen vor. In Kurhessen, wo sonst entschieden das gemeinrechtliche System gilt, hat ein Präjudicat von 1781 Anlaß zu der Praxis gegeben, daß erst die richterliche Todeserklärung als Anfang der Todespräsumtion gelte.

S. Pfeiffer, pract. Ausf. Bd. 4 S. 379 ff., 386 ff.

Andererseits sah man sich in Sachsen ungeachtet der bemerkten einschneidenden Wirkung des Edictalverfahrens bewogen, durch ein Rescript vom 16. Juni 1790 die damals vorgekommene Streitfrage dahin zu entscheiden, daß der präsumtive Tod des Verschollenen nicht von der Rechtskraft des Präclusiv-Erkenntnisses, sondern vom Ablauf der zum Antrag auf Todeserklärung berechtigenden Fristen an datirt werden solle,

s. Kind, quaest. for. (ed. 2) T. I, c. 64 fin.,
Haubold, Lehrb. § 54,

und dies ist auch im bürgerlichen Gesetzbuche § 43 beibehalten worden.

Fragt man hiernach

2) in welche Kategorie von Rechtssachen das

Verfahren bei Todeserklärungen gehöre, so muß man dasselbe bei der gemeinrechtlichen Grundlage unbedenklich als Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit anerkennen. Die Edictalcitation ist dabei zu einem regelmäßigen oder nothwendigen Bestandtheil derjenigen causae cognitio geworden, durch welche festgestellt werden soll, ob alle Voraussetzungen der Präsumtion des Todes gegeben seien. Sie ist nicht sowohl ein Mittel, gegen den Verschollenen gerichtliche Hülfe zu suchen, als vielmehr eine zu dessen Sicherheit dienende Vorsichtsmaßregel; und von einem Parteiverhältniß zwischen dem Antragsteller und dem Verschollenen kann keine Rede sein. So ist auch die Sache von denen, welche sich rein auf den Standpunkt des gemeinrechtlichen Systems stellen, aufgefaßt worden.

S. Pfeiffer, a. a. O. S. 366 f., 378, 407 f.,

Das Edictalverfahren nach dem preußisch-sächsischen System kann man dagegen nicht umhin, als einen wahren Civilrechtsstreit aufzufassen. Es wird ein gehörig zu begründender gerichtlicher Antrag erfordert, es folgt eine wirkliche Vorladung des Verschollenen zum Erscheinen unter Innehaltung bestimmter Fristen, und die Präsumtion des Todes mit den übrigen rechtlichen Folgen tritt, nach vorgängigem Diligenzeid des Antragstellers, als Contumacialnachtheil durch richterliches Urtheil ein. Der Einwand, daß von dem Verschollenen keine Leistung in Anspruch genommen werde und derselbe durch sein einfaches Erscheinen dem Verfahren ein Ende zu machen vermöge, läßt sich nicht erheben. Denn man hat den Gedanken zu Grunde zu legen, daß der Verschollene, der noch als lebend vorausgesetzt wird, durch das jahrelange Vorenthalten aller Nachrichten eine Pflicht gegen die Betheiligten verletze, und gerichtlich angehalten werden könne, der störenden Ungewißheit ein Ende zu machen. Diese Pflicht erfüllt er durch sein bloßes Erscheinen, während bis dahin eine von ihm zu beseitigende Rechtsverletzung anzunehmen ist, und danach der Antrag auf Edictalladung die Natur einer Klage gegen ihn hat. Ob die Befugniß zu

diesem Antrag nur dem Ehegatten und den nächsten Verwandten des Verschollenen, oder allen Betheiligten eingeräumt wird, und ob unter Umständen auch eine vormundschaftliche Pflicht zur Stellung des Antrags besteht (vergl. Preuß. Ldr. § 824 f., Gerichts-Ordnung Tit. 37 § 3, Sächs. Gesetzb. § 42), das kann hierbei keinen Unterschied machen. Dem Gesagten entsprechend wird denn auch in Preußen die richterliche Todeserklärung als ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß, der Antrag darauf als Klage bezeichnet, das Edictalverfahren als Proceßsache behandelt, und in einem Abschnitt der Gerichts-Ordnung, worauf das Landrecht verweis't, näher geordnet.

Preuß. Landr. II, 1 § 665, II, 18 § 833, 835, 838, 841,
Koch, Preuß. Proc.-Ordn. Tit. 37,
Förster, Preuß. Privatr. Bd. 1 § 19 sub 2, b.

Und ebenso ausgemacht ist es in Sachsen, daß das fragliche Verfahren, als Unterart des Edictalprocesses, zu den summarischen Proceßarten in streitigen Civilsachen gehöre,

Haubold und Haase, a. a O.,
Heimbach, Sächs. Privatr. § 76,
Biener, syst. proc. T. II. c. 10,

wie denn in der K. Sächs. Verordnung vom 9. Januar 1865 das Verfahren in nichtstreitigen Rechtssachen betreffend (§ 11 ff.) das auf Todeserklärung gerichtete Verfahren als anderweit geordnet vorausgesetzt ist. Für die Richtigkeit der Auffassung spricht es u. a. auch, daß

Gönner, Handb. (ed. 2) Th. IV. S. 475 ff.,

das Verfahren bei Todeserklärungen als eine nach Analogie des Provocationsprocesses zu beurtheilende, wegen der Richtung auf zu erlangenden Besitz des Nachlasses aber unter die possessorischen Processe zu zählende Art streitiger Civilsachen abhandelt, dabei aber nicht das oben bezeichnete gemeinrechtliche System, sondern im Wesentlichen die Bestimmungen des preußischen Landrechts über Todeserklärungen zu Grunde legt.

Dem Bisherigen zufolge kommt es

3) darauf an, zu welchem System die **bremische Gesetzgebung** gehöre. Darüber aber kann nicht wohl ein Zweifel

bestehen, da die Verordnung vom 3. Juli 1826 sich in allen wesentlichen Punkten genau dem preußischen Rechte anschließt. Es wird zur Einleitung des Verfahrens der Antrag eines Betheiligten verlangt. Die Zulässigkeit des Antrags ist durch Ablauf gewisser Fristen seit dem Ausbleiben aller Nachrichten vom Verschollenen bedingt, und zwar im Ganzen derselben Fristen wie in Preußen; doch geht die bremische Verordnung insofern noch weiter, als § 5 den Antrag auch vor Ablauf dieser Fristen gestattet, wenn nach Ermessen des Obergerichts besondere Umstände den Tod des Verschollenen sehr wahrscheinlich machen. Der Antrag ist durch Angabe und eidliche Bestätigung aller über den Verschollenen zu Gebote stehenden Nachrichten zu begründen. Die Edictalladung ergeht unter ausdrücklicher Androhung des „Rechtsnachtheils", daß der Verschollene für todt erklärt, sein Vermögen den danach Berechtigten verabfolgt werde und, falls er einen Ehegatten hinterließ, diesem die Wiederverheirathung freistehe; und dieser Rechtsnachtheil wird, wenn die Ladung erfolglos bleibt, vom Obergericht gegen ihn erkannt. Als präsumtiver Sterbetag wird nach § 16 nicht der Tag der Rechtskraft dieses Erkenntnisses, sondern der Edictaltermin angenommen, eine Abweichung, die nach dem Obigen keine principielle Bedeutung hat. Dasselbe gilt von der Bestimmung in § 18, daß der Nachlaß den Erben für die ersten 10 Jahre nur gegen Caution verabfolgt wird. Hinsichtlich der Wiederverheirathung des zurückgebliebenen Ehegatten gilt nach § 29 dasselbe wie in Preußen; von der Aufrechthaltung der Verträge, die der eingewiesene Erbe mit Dritten geschlossen hat, werden aber nach § 30 nicht einmal Schenkungen ausgenommen.

Durch alle diese Bestimmungen tritt es deutlich hervor, daß von einer bloßen Constatirung der Unterlagen einer gesetzlichen Präsumtion hier nicht die Rede ist, sondern ein wirkliches Streitverfahren gegen den Verschollenen erhoben wird, und die Präsumtion des Todes mit den weiter angeordneten Rechtsbeschränkungen ihre Quelle in der richterlichen Androhung und Realisirung eines Contumacialnach-

theiles hat. Der Umstand, daß die Vormundschaftsbehörde mit der Führung der gesammten Verhandlungen beauftragt ist (§ 6, 9), was schon wegen des Zusammenhanges mit der Curatel über Abwesende zweckmäßig erscheinen mochte, kann hieran keinen Zweifel erregen, da das Obergericht sowohl das Erkenntniß über die Zulässigkeit des Antrags, als alle sonstigen entscheidenden Verfügungen in erster Instanz zu erlassen hat. Ebensowenig der Umstand, daß der Antrag auf Todeserklärung von jedem rechtlich Interessirten gestellt werden darf, also beispielsweise auch von denen, welche ihres Amtes als Curatoren entledigt sein wollen; die Verleihung eines in dieser Weise ausgedehnten Klagrechtes ist auch sonst im Rechtssystem bekannt und hier nach dem Grunde der gesetzlichen Anordnung eine von selbst gerechtfertigte. Es kommt daher nichts darauf an, daß im vorliegenden Falle, wie oben erwähnt, die Imploranten sich nicht auf jenes Motiv ihres Antrages beschränkt, sondern in der Protokollarerklärung vom 4. September 1866 ausdrücklich bemerkt haben, sie wollten als muthmaßlich nächste Miterben die Todeserklärung beantragen. Wenn das Obergericht außerdem geltend macht, das vorgeschriebene Verfahren entspreche nicht überall der Verhandlungsmaxime, die dasselbe leitende Vormundschaftsbehörde müsse vielmehr nach § 5 und 9 mehrfach von Amtswegen thätig werden, so ist dagegen schon vom Appellanten mit Recht erinnert worden, daß Abweichungen vom Verhandlungsprincip, die das Gesetz in einzelnen Fällen für nöthig findet, den Begriff einer streitigen Civilsache nicht aufheben.

Bei diesem Inhalt der Verodnung vom 3. Juli 1826 kommt es nicht auf die Argumente an, welche der Intervenient aus der Eintheilung der Gerichts-Ordnung von 1820 und einzelnen Stellen derselben entnommen hat. Der Intervenient hat zwar unbeachtet gelassen, daß bereits vor der Gerichts-Ordnung, nämlich am 20. März 1820, eine Verordnung über die in den vorhergegangenen Kriegen verschollenen Militairpersonen publicirt worden ist, welche mit

Ausnahme einer kürzeren Frist für die Zulässigkeit der Edictalladung, im Wesentlichen dieselben Rechtssätze zu Grunde legt, wie die spätere vom 3. Juli 1826, und worin (§ 2) für die im bremischen Staatsgebiet domiciliirten Militairpersonen ebenfalls das Obergericht als zur Entscheidung competent erklärt wurde. Man könnte geneigt sein, daraus, daß in § 35 der Gerichts-Ordnung die Todeserklärungen verschollener Militairpersonen nicht erwähnt werden, um so mehr zu folgern, dieselben seien dadurch als streitige Civilsachen anerkannt worden. Allein da diese Todeserklärungen andererseits auch nicht in § 392 (vergl. mit 395) erwähnt werden, so läßt sich weder nach der einen noch nach der andern Seite hin eine Folgerung ziehen, und man muß vielmehr eine, wohl durch den singulären Zweck der Verordnung vom 20. März 1820 zu erklärende Lücke der Gerichts-Ordnung vermuthen.

Ein Punkt ist aber beim Vergleichen der Verordnung vom 3. Juli 1826 mit der Gerichts-Ordnung von 1820 noch zu beachten. Nach der gedachten Verordnung soll mit der Edictalladung eines Verschollenen stets eine Edictalladung der unbekannten Erben und Gläubiger desselben verbunden werden. Die rechtliche Natur dieser letzteren bietet wenigstens einen unterstützenden Schluß auf die des Edictalverfahrens gegen den Verschollenen, weil kaum anzunehmen ist, daß man eine Sache der freiwilligen und eine Sache der streitigen Gerichtsbarkeit zum gemeinsamen Gegenstand des nämlichen Verfahrens gemacht haben würde. Im gemeinen Recht fehlt es nun zwar fast ganz an Bestimmungen, wodurch außer dem Fall des Concurses der Erlaß von Edictalien gegen unbekannte Interessenten zur Geltendmachung oder Anmeldung von Ansprüchen, s. g. Generalprovocationen, geregelt wäre, weßhalb die doctrinellen Ansichten auch hierüber sehr verschieden sind. Hält man sich aber an die allgemeinen Grundsätze von der Scheidung der streitigen und der nichtstreitigen Rechtssachen, so kann man nur zu dem Resultat gelangen, daß Edictalaufforderungen, welche lediglich den Zweck haben, beim Ordnen einer rechtlichen Angelegenheit

möglichst vollständig alle betheiligten Personen kennen zu lernen, und welche für die sich nicht Meldenden nur den factischen Nachtheil zur Folge haben, bei einer vorläufigen Regulirung der Sache nicht mit berücksichtigt zu werden, als Gegenstand der freiwilligen Gerichtsbarkeit, alle Edictalladungen dagegen, wodurch die nicht Erscheinenden mit Rechtsansprüchen ausgeschlossen werden, als streitige Civilsachen aufzufassen sind.

Vergl. Martin, Vorles. I. S. 501 f.,
Wetzell, Syst. § 13, § 58,
Leonhardt, Hannov. Proc.-O. zu § 498 Note 2 (S. 325),
Seuffert, Archiv Bd. 1 № 279, 280.

Danach erscheint es aber von Erheblichkeit, daß nicht nur die bremische Verordnung vom 3. Juli 1826 § 11 die unbekannten Erben und Gläubiger des Verschollenen ausdrücklich mit dem Verlust ihrer Ansprüche bedroht, sondern auch die Gerichts-Ordnung von 1820 die Edictalladung in Erbschaftsfällen in § 392 unter den als streitige Sachen behandelten „öffentlichen Aufforderungen zur Klage oder Angabe" aufführt und in § 395 allgemein dasselbe Präjudiz des Ausschlusses vorschreibt.

4) Das Ober-Appellations-Gericht konnte endlich auch durch seine bisherige Rechtsprechung sich nicht gehindert finden, der vorstehend ausgeführten Ansicht Folge zu geben. Obwohl die Gesetzgebung über die Todeserklärung Verschollener sich auch in den andern Freien Städten ebenso, wie in Bremen, dem preußisch-sächsischen System angeschlossen hat, so ist doch bisher kein Rechtsfall, in welchem die vorliegende Frage auf Grund eines contradictorischen Verfahrens besonders hätte geprüft werden müssen, zur Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts gelangt. Allerdings ist in zwei lübeckischen Rechtssachen, wovon eine die Folgen einer unbestritten gebliebenen Todeserklärung, die andere ein Erbschaftsproclam betraf, von der Ansicht ausgegangen worden, daß die in beiden gegen obergerichtliche Verfügungen ergriffene Extrajudicial-Appellation das richtige Rechtsmittel sei;

Bruhn, Entsch. des O.=A.=Ger. in Lüb. Rechtss. Bd. 2 S. 59 ff.,
Wunderlich, Jurispr. des O.=A.=Ger. in Lüb. Rechtss. Th. 2 S. 12 ff.,

es ist dies aber deßhalb bedeutungslos, weil auch bei Auffassung dieser Fälle als streitiger Civilsachen nach Lage der Sache und nach dem in Lübeck bestehenden Instanzen=Verhältniß das Rechtsmittel der Extrajudicial=Appellation,

vergl. Wunderlich, a. a. O. S. 352,
Frankfurter Vereinssamml. Bd. 4 S. 284,

hätte gewählt werden müssen.

II. Mußte dem Bisherigen gemäß das vorliegende Edictalverfahren als eine streitige Civilsache aufgefaßt werden, so war auch nicht zu bezweifeln, daß das Auftreten des Appellanten im Edictaltermin formell geeignet gewesen sei, ihm eine Parteistellung darin zu geben. Der Appellant legte auf Grund eines für seinen Curanden als Verwandten des Verschollenen behaupteten Miterbrechtes Widerspruch gegen die beantragte Todeserklärung ein. Er wollte also hindernd in den Fortgang des Verfahrens eingreifen, machte geltend, daß der Antrag auf Todeserklärung ein entweder überhaupt oder zur Zeit unberechtigter sei, und trat damit entschieden als Gegner des Imploranten auf. Ob das, was der Appellant im Edictaltermin zu diesem Zwecke vorbrachte, genügend war, sein Interesse zum Eingreifen in die anhängige Sache darzulegen, und ob die sofort damit verbundene Bitte um Frist zur näheren Begründung seiner Anträge den Umständen nach zu berücksichtigen war, darauf kommt es hier, wo lediglich das formelle Verhältniß des Appellanten zu der anhängigen Proceßsache in Frage steht, noch nicht an. Die Einmischung des Appellanten läßt sich unverkennbar nur aus dem Gesichtspunkt einer Intervention auffassen. Die Statthaftigkeit einer solchen muß aber auch, abweichend vom Obergericht, anerkannt werden, da § 456 der bremischen Gerichts=Ordnung ohne Einschränkung die Intervention in den Rechtsstreit dritter Personen Jedem gestattet, der sein Interesse dabei geltend machen will. Allerdings kann — zumal da der Appellant erklärt hat, er zweifle nicht daran,

daß der Verschollene verstorben sei und an sich liege die Todeserklärung auch im Interesse seines Curanden — von einer accessorischen Intervention zu Gunsten des verschollenen Joh. Hinr. Müller nicht die Rede sein. Unbedenklich kommt dagegen dem Auftreten des Appellanten die Eigenschaft einer Hauptintervention zu. Denn der § 457 der bremischen Gerichts-Ordnung zählt alle Fälle dahin, in denen Dritte ihr Interesse bei einem anhängigen Rechtsstreit geltend machen, sofern dieses Interesse nicht mit dem eines der streitenden Theile identisch ist, und drückt nur zugleich aus, daß der Hauptintervenient die Rolle eines Klägers zu übernehmen habe. Die Beschränkung der Hauptintervention auf den Fall, wo das Interesse des Intervenienten sich gegen beide bisherige Parteien richtet, wird für Bremen schon durch diese Vorschrift ausgeschlossen, ist aber auch gemeinrechtlich nicht zu billigen.

S. Martin, Lehrb. § 304 u. Vorles. II. S. 425 f., Wunderlich, Jurispr. des O.-A.-Ger. in Lübecker Rechtss. Th. I. S. 447, 453.

War hiernach die vom Intervenienten getroffene Wahl des Rechtsmittels der Revision als gerechtfertigt anzuerkennen, so mußte es, da beim Obergericht bis jetzt lediglich die formelle Frage der Statthaftigkeit zur Beurtheilung gekommen ist, angemessen erscheinen, die Sache, dem Antrage des Intervenienten gemäß, zur Entscheidung über den Grund oder Ungrund des Rechtsmittels an das Obergericht zurückzuverweisen.

B. Aus der vorstehend motivirten Entscheidung, sowie mit Rücksicht auf § 489 und 605 der bremischen Gerichts-Ordnung, folgt zugleich von selbst, daß die vom Intervenienten am 6. Mai 1868 nachträglich gegen das obergerichtliche Decret vom 5. September 1866, eventuell gegen das Erkenntniß vom 9. December 1867 eingelegte Extrajudicial-Appellation sich als verwerflich darstellt, die wegen Versäumniß der Nothfristen dieses Rechtsmittels gebetene Restitution daher wegen mangelnder Läsion verworfen werden mußte, ohne daß auf die sonstigen Voraussetzungen des Restitutionsgesuches eingegangen zu werden brauchte.

Bremen. 74.

Georg Friedrich Scheel zu Flensburg, Implorant, Todeserklärung des **Nicol. Joach. Heinr. Scheel** betreffend.

---

1) In Bremen hat das auf die Todeserklärung Verschollener gerichtete Verfahren die Eigenschaft einer streitigen Civilsache (s. vor. Nummer).

2) Nach der bremischen Gerichts-Ordnung ist von der Regel, daß gegen die in streitigen Civilsachen vom Obergericht in erster Instanz abgegebenen Erkenntnisse keine Berufung an das Ober-Appellations-Gericht stattfindet, auch dann keine Ausnahme zu machen, wenn ein die Klage oder einen sonstigen Parteiantrag ohne vorgängiges Gehör des Gegners sofort zurückweisender Bescheid angefochten werden soll.

Rechtsfall. Nic. Joach. Heinr. Scheel aus Lübeck diente in den Jahren 1837 bis 1842 auf bremischen Schiffen als Unter- und Obersteuermann, siedelte dann nach Flensburg über und verheirathete sich daselbst im Sommer 1846, kehrte aber, als seine Frau im folgenden Jahre nach der Geburt eines Sohnes gestorben war, nach Bremen zurück und diente wieder als Obersteuermann und im Jahre 1849 als Capitän auf einem bremischen Schiffe. Einige Jahre später soll er als Passagier nach New-York gereis't und seitdem gänzlich verschollen sein. Der im Jahre 1847 geborene Sohn Georg Friedrich Scheel, welcher bei mütterlichen Verwandten in Flensburg geblieben war, ließ im November 1868, um in den Besitz einer kleinen Erbschaft von Seitenverwandten in Lübeck zu gelangen, bei der Pupillencommission in Bremen ein Gesuch um Edictalladung und Todeserklärung seines Vaters einreichen. Nach erstattetem Bericht der Pupillencommission wies jedoch

1) das Obergericht

durch Bescheid vom 26. November den Antrag angebrachtermaßen ab, weil aus den vorgetragenen Thatsachen und beigefügten Documenten zu entnehmen sei, daß der Verschollene 1857, seit welchem Jahre keine weitere Kunde von ihm eingegangen sei, sein Domicil nicht in Bremen gehabt habe, das Obergericht daher nicht competent erscheine. Der Anwalt des Imploranten in der irrigen Meinung, der Bescheid sei von der Pupillencommission abgegeben, legte bei dieser Behörde Appellation an das Obergericht dagegen ein, beruhigte sich aber bei dem darauf ergangenen abschläglichen Bescheid des Obergerichts vom 15. December, und wählte nun gegen die zurückweisende Verfügung vom 26. November das Rechtsmittel der Extrajudicial-Appellation, bei dessen Ein- und Ausführung er wegen der durch jenen Irrthum veranlaßten Versäumniß der Einwendung um Restitution bat.

2) Das Ober-Appellations-Gericht

hat jedoch durch Urtheil vom 23. September 1869,

„in Erwägung,

daß nach der bremischen Gesetzgebung das auf die Todeserklärung Verschollener gerichtete Verfahren, wie in den für den Appellanten in Abschrift hier beigelegten Entscheidungsgründen zum Urtheil vom heutigen Tage in Sachen:

Dr. J. Smidt ꝛc. wider den Pastor Bernhard Loose ꝛc., die Todeserklärung von Joh. Hinr. Müller betreffend,

näher ausgeführt worden ist, die Eigenschaft einer streitigen Civilsache hat;

daß in streitigen Civilsachen gegen die vom Obergericht in erster Instanz abgegebenen Erkenntnisse nach § 489 und 605 der bremischen Gerichts-Ordnung eine unmittelbare Berufung an das Ober-Appellations-Gericht, abgesehen von einer wegen Uebergehung der Revisionsinstanz getroffenen Uebereinkunft der Parteien, nicht stattfindet; die Gerichts-Ordnung auch keinen Anlaß bietet, diejenigen Fälle, in denen ein die Klage oder einen sonstigen Parteiantrag ohne vorgängiges Gehör des Gegners sofort zurückweisender Bescheid

angefochten werden soll und in denen nach gemeinem Recht die Anfechtung mittelst der Extrajudicial-Appellation geschieht, von jener Regel auszunehmen;

daß hienach die von dem Anwalt des Appellanten gegen den obergerichtlichen Bescheid vom 26. November vor. Js., mit der Bitte um Restitution wegen versäumter Einwendung, hier eingeführte Extrajudicial-Appellation sich als unstatthaft, und folgeweise das Restitutionsgesuch, ohne daß auf dessen sonstige Voraussetzungen eingegangen zu werden braucht, wegen mangelnder Läsion als verwerflich darstellt,"

das Restitutionsgesuch wegen mangelnder Läsion verworfen.

Lübeck. 57.

Die minorennen Kinder des weiland **Christian Heinrich Sommer:** 1) Franzisca Dorothea, 2) Johanna Henriette und 3) Johannes Christian Sommer, vertreten durch ihre Vormünder **Johann Anton Leopold Weißer** und **Friedrich Carl Oderich** zu Lübeck, Kläger, wider **Dr. Hermann Nittscher** als Contradictor der Concursmasse von **Christian Heinrich Heel,** in Firma **J. H. Sommer** daselbst, Beklagten, wegen Anerkennung einer Forderung von Kindergeldern.

---

1) Das Rechtsgeschäft, wodurch bei der Wiederverheirathung eines überlebenden Ehegatten den Kindern voriger Ehe nach Art. 16 des lübeckischen Erbrechtsgesetzes vom 10. Februar 1862 und § 2 f. des die Ausgleichung mit Kindern aus einer früheren Ehe betreffenden Gesetzes vom 20. Juni 1863 ein „Ausspruch" bestellt wird, ist als Civil-

theilung der Erbschaft des verstorbenen Ehegatten aufzufassen, und enthält, wenn es durch freie Vereinbarung der Betheiligten zu Stande kommt, eine vergleichsweise Feststellung des Erbtheils der Kinder. Weder die Gültigkeit noch der Vorrang der Ausspruchsforderung hängt davon ab, daß der Bestand der Erbschaft groß genug gewesen sei, um den Kindern bei reeller Theilung einen Erbtheil von dem Betrage des Ausspruchs zu gewähren.

2) Auch Geschäfte, welche die Natur eines Vergleichs haben, sowie solche, welche unter obrigkeitlicher Mitwirkung zu Stande gekommen sind, unterliegen der Anfechtung durch die Paulianische Klage.

3) Der zur Paulianischen Klage erforderte dolus des Schuldners ist als vorhanden anzunehmen, wenn derselbe im Bewußtsein seiner Insolvenz ein Rechtsgeschäft abschließt, wodurch eine neue privilegirte Forderung gegen ihn begründet wird.

4) Ein oneroses Geschäft verliert dadurch diese Eigenschaft noch nicht, daß es im Erfolg nur dem einen Theil vortheihaft ist und der andere Theil sich beim Abschluß dessen bewußt war. Daß es theilweise ein Liberalitätsact gewesen sei, müßte durch specielle Gründe nachgewiesen werden.

5) Die Ausspruchsleistung ist ebenfalls ein oneroses Geschäft, ihre Anfechtung mit der Paulianischen Klage setzt daher voraus, daß die Vormünder, von denen die Kinder beim Abschluß vertreten wurden, die auf Verkürzung der Gläubiger gerichtete Absicht getheilt haben.

6) Daß bei onerosen Geschäften die Paulianische Klage gegen den am dolus unbetheiligten Erwerber auf Herausgabe des noch vorhandenen Gewinnes gerichtet werden könnte, läßt sich nicht behaupten.

7) Die Paulianische Klage kommt nur den Gläubigern zu statten, welche durch das fraudulose Geschäft unmittelbar verkürzt worden sind, oder mit deren Gelde solche verkürzte Gläubiger befriedigt wurden. Im letzteren Falle wird aber vorausgesetzt, daß das Geld speciell zu diesem Zwecke hergegeben worden sei.

8) Der Güterpfleger ist zur Anstellung der Paulianischen Klage befugt, auch wenn durch das angefochtene Geschäft nur ein einzelner Gläubiger verletzt sein sollte. Ebenso darf der Contradictor sich der Paulianischen Einrede bedienen, um das von einem Liquidanten geltend gemachte Geschäft zu Gunsten eines einzelnen verletzten Gläubigers zu entkräften.

Rechtsfall. Christ. Heinr. Sommer in Lübeck, welcher unter der Firma J. H. Sommer ein kaufmännisches Geschäft betrieben hatte, starb im Jahre 1861 und hinterließ eine Wittwe und 4 Kinder. Die Wittwe verheirathete sich im Februar 1867 anderweit mit Christ. Heinr. Heel, welcher zugleich das inzwischen von ihr fortgeführte Geschäft J. H. Sommer übernahm. Vorher, und zwar bereits am 16. April 1866, war vor dem Stadtamt als Vormundschaftsbehörde zwischen der Wittwe unter Beitritt ihres Verlobten und den Vormündern der Kinder ein Uebereinkommen abgeschlossen worden, wonach für die Kinder zur Abfindung von der väterlichen Erbschaft ein Ausspruch von 4000 ℔ festgestellt worden war. Nachdem im Jahre 1867 eins der Kinder verstorben und (nach Art. 17 sub 2 des Erbrechtsgesetzes vom 10. Febr. 1862) von der Mutter allein beerbt worden war, brach im Jahre 1868 Concurs über Christ. Heinr. Heel aus. Da der ernannte Contradictor auf Grund eines Beschlusses der Gläubiger sich weigerte, die solidarische Haftung der Concursmasse für die jetzt noch 3000 ℔ betragenden Ausspruchsgelder anzuerkennen, erhoben die Vormünder der Kinder deßhalb Klage. In der Vertheidigung des Contradictors wurde darauf hingewiesen, daß schon der Nachlaß von Chr. Heinr. Sommer, sowie dessen von der Wittwe fortgesetztes Geschäft überschuldet gewesen sei und deßhalb von einer Erbschaft der Kinder nicht habe die Rede sein können, die Leistung des Ausspruchs eine reine Liberalität gewesen sei. Außerdem wurde die Paulianische Einrede vorgeschützt, da zur Zeit der Ausspruchsleistung, im April 1866, beide Heel'sche Eheleute sich der Insolvenz ihres gesammten Vermögens bewußt gewesen seien. Die

Kläger bestritten diese Einrede, weil der Ausspruch als Vergleich und wegen der obrigkeitlichen auf eine causae cognitio gestützten Mitwirkung überhaupt unanfechtbar sei, weil es an einer auf Verkürzung der Gläubiger gerichteten Absicht fehle, und weil keiner der Liquidanten, die jetzt durch die Priorität der Sommer'schen Kinder gefährdet würden, schon zur Zeit des Ausspruchs Gläubiger gewesen sei. Dem letzten Einwande gegenüber berief sich der Contradictor wieder darauf, daß wenigstens eine von M. H. Kleve liquidirte Wechselforderung von 1100 ℔ schon vom 28. März 1866 herrühre, übrigens aber der Cridar das von den späteren Gläubigern geborgte Geld zur Bezahlung älterer Geschäftsschulden verwendet habe.

1) Das Handelsgericht

schickte seinem Erkenntniß vom 22. October 1868 im Wesentlichen folgende Erwägungen voraus. Der Ausspruch von Kindergeldern sei ein zweiseitiges Geschäft, welches unter Umständen allerdings wie jedes andere von den Gläubigern mit der Paulianischen Klage oder Einrede angefochten werden könne. Habe der Cridar und dessen Frau den Kindern der letzteren einen Ausspruch bewilligt, während der Sommer'sche Nachlaß insolvent gewesen oder durch die Bewilligung geworden sei, so müsse hierin die Absicht einer Verkürzung der Gläubiger gefunden werden, und der Ausspruch erscheine, soweit er im Verhältniß zum Nachlaß das richtige Maß überschritten habe, als Freigebigkeit der Gemeinschuldner. Nothwendig sei es sodann zur Begründung der Einrede, daß entweder die jetzigen Concursgläubiger selbst verletzt oder die, welche zur Zeit des Ausspruchs Gläubiger gewesen, mit ihrem Gelde befriedigt worden seien. Letzteres sei jedoch anzunehmen, wenn in der ganzen Zwischenzeit der Vermögensstand kein besserer geworden sein sollte. Uebrigens werde für die Einrede auch in der Person des Cridars Heel die Absicht einer Verkürzung der Gläubiger vorausgesetzt. Heel habe aber, da er sich nur mit Rücksicht auf die bevorstehende Heirath und seinen Eintritt in das Sommer'sche Geschäft

verpflichtet habe, bei Insolvenz des Sommer'schen Nachlasses sich bewußt sein müssen, daß seine Genehmigung des Ausspruchs, sobald sie rechtsverbindlich werde, die Gläubiger beeinträchtige, es sei denn, daß er eignes Vermögen zur Deckung der Schulden besessen hätte. Auf diese letztere Möglichkeit sei darum keine Rücksicht zu nehmen, weil eine behufige Behauptung nicht aufgestellt sei und sich übrigens aus den jetzigen Acten wie aus den Concursacten ergebe, daß Heel kein Vermögen besessen habe. Aus diesen Gründen wurden dem Contradictor, unter Vorbehalt des Gegenbeweises, folgende drei Beweise auferlegt:

a) daß das von dem weiland Chr. H. Sommer hinterlassene Vermögen zur Zeit des von seiner Wittwe geleisteten und von dem jetzigen Ehemanne Heel mit übernommenen Ausspruchs insolvent gewesen **oder** daß und in welchem Maße es durch denselben insolvent geworden sei;

b) daß die Wittwe Sommer und Heel sich damals dessen bewußt gewesen seien;

c) daß die durch den Ausspruch entstandene Unterbilance im Vermögen der Eheleute Heel fortdauernd bis zur Eröffnung des Concurses die Höhe des Ausspruchs oder wieviel weniger erreicht habe.

Auf Appellation beider Theile wurde diese Entscheidung

2) vom Obergericht

durch Erkenntniß vom 23. December 1868 bestätigt. Denn für die Wirksamkeit des streitigen Ausspruchs komme der Stand des väterlichen Nachlasses zur Zeit der Leistung des Ausspruchs im Jahre 1866 allein in Betracht, nicht der zur Zeit des Todes des Vaters im Jahre 1861, da er inzwischen ein wesentlich anderer, immerhin ein günstigerer geworden sein könnte. Wie sodann den einschlagenden Bestimmungen der Lübeckischen Concurs-Ordnung die Principien der actio und exceptio Pauliana zu Grunde lägen — wofür auch noch auf den Commissionsbericht von 1855 (zu § 30) Bezug genommen werden möge —, so seien insbesondere auch über die Berechtigung späterer Gläubiger aus der Befriedi-

gung früherer die in

l. 10 § 1, l. 15, 16 D. quae in fraud. cred. (42, 8),

dargelegten Grundsätze anzuwenden. Für die Annahme einer Freigebigkeit spreche auch analog der in

l. 10 § 14, l. 25 § 1 D. eod.,

l. 2 C. de revoc. his, quae etc. (7, 75),

behandelte Fall einer constituirten und mittelst der Paulianischen Klage anzufechtenden dos;

Seuffert, Archiv Bd. 1 № 393,

und nach § 31 der Concurs-Ordnung genüge zur Anfechtung des fraglichen Geschäfts die Wissenschaft des Cridars, hier der Eheleute Heel. Der Angabe in den handelsgerichtlichen Entscheidungsgründen aber, daß der Cridar Heel kein eignes Vermögen besessen habe, sei von Seiten der Kläger nicht widersprochen worden.

Auf weitere Appellation beider Theile änderte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 25. September 1869 die Entscheidung dahin ab, daß

1) die Einrede der Nichtigkeit des den Klägern geleisteten Ausspruchs ganz, und die Paulianische Einrede insoweit, als sie nicht aus dem Rechte des Gläubigers M. H. Kleve hergeleitet ist, zu verwerfen, dagegen

2) soweit letzteres der Fall ist, Beklagter schuldig sei, den Klägern Gegenbeweis vorbehältlich, rechtlicher Art nach cumulativ zu beweisen,

a) (Wiederholung des ersten handelsgerichtlichen Beweissatzes);

b) daß dieser Vermögensstand damals sowohl den jetzigen Heel'schen Eheleuten als den klägerischen Vormündern bekannt gewesen, und

c) daß M. H. Kleve mit einer Forderung von 1100 ℔ aus einem Wechsel vom 28. März 1866 nicht, und wie weit nicht, zur Befriedigung gelangen werde, wenn die libellirte Forderung der Kläger anerkannt werde.

Entscheidungsgründe.

Beide Parteien haben, soviel die Hauptsache anlangt, wie in voriger so auch in gegenwärtiger Instanz, nur je eine auf sofortige Verurtheilung des Beklagten, resp. Abweisung der Kläger gerichtete Beschwerde aufgestellt, sind jedoch in ihren Ausführungen zu eventuellen Anträgen gelangt, auf welche die Kläger auch noch in Gestalt von Adhäsionsbeschwerden zurückgekommen sind. Die Berücksichtigung dieser eventuellen Anträge unterliegt — da sie auf beiden Seiten in dem weitergehenden Gravamen unicum voriger Instanz stillschweigend mitbegriffen waren — keinem Bedenken.

In der Sache selbst ist gegen die Zulässigkeit, Begründung und Liquidität der Klage kein Einwand erhoben. Die Beschwerden beziehen sich nur auf die derselben entgegen gesetzten Einreden, und kommt hier zunächst

I. die in gegenwärtiger Instanz näher ausgeführte Behauptung des Beklagten in Betracht, daß der den Klägern an Stelle der wirklichen Auskehrung ihres Erbtheils geleistete Ausspruch, ganz abgesehen von einer etwaigen Verkürzung der Gläubiger, schon deßhalb ungültig sei, weil der Nachlaß von Christ. Heinr. Sommer insolvent gewesen, dessen Kinder also einen Erbtheil gar nicht zu fordern gehabt hätten, und daher Beklagter jedenfalls mit einem weiteren als dem ersten vom Handelsgericht ihm auferlegten Beweise nicht habe bebürdet werden dürfen. Als nothdürftig bereits in erster Instanz vorgeschützt wird man diese jetzt als **Einrede der Nichtigkeit** des Ausspruchs characterisirte Vertheidigung, die in den Entscheidungsgründen zum Handelsgerichts- und Obergerichts-Erkenntnisse keine besondere Würdigung erfahren hat, anzuerkennen haben, da bereits in der Vernehmlassung darauf hingewiesen ist, daß wegen Ueberschuldung des Sommer'schen Geschäfts von einer Erbschaft der Kinder überhaupt nicht habe die Rede sein können, — bei der Ueberschuldung des Sommer'schen Nachlasses die Leistung des Ausspruchs eine reine Liberalität gewesen sei. Die Einrede stellt sich aber als unbegründet dar und liegt deßhalb in der Nicht-

berücksichtigung derselben von Seiten der vorigen Gerichte keine Verletzung des Beklagten.

Nach Art. 13 des Erbgesetzes vom 10./15. Februar 1862 fällt der Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten sofort bei dessen Tode dem überlebenden Ehegatten und den Kindern, einem jeden zu seinem Antheile, d. h. Allen zu gleichen Theilen, resp. Stammtheilen, an. Die Kinder sind hiernach sogleich beim Tode des Vorverstorbenen Miterben, also zu ideellen Theilen Miteigenthümer des Nachlasses, und wenngleich ihre Erbtheile nach Abs. 2 des Art. 13 einstweilen im Besitze, Genusse und der Verwaltung des überlebenden Ehegatten verbleiben, so ist doch diese Verwaltung, wie ausdrücklich hinzugefügt wird, den Beschränkungen der Vormundschafts-Ordnung unterworfen. Tritt nach Art. 14 ein Fall ein, wo Auskehrung des Erbtheils verlangt werden kann, so kommen die allgemeinen Grundsätze von Erbtheilung zur Anwendung, d. h. soweit nichts Anderes verabredet wird, verbleiben die Forderungen und Schulden einem jeden zu seinem Antheile, und die körperlichen Gegenstände werden reell, resp. durch Austausch oder Auskauf, vertheilt. Wird nach Maßgabe des Art. 16 die Leistung eines bloßen Ausspruchs gewählt, so besteht das Geschäft darin, daß die Erbtheile der Kinder vollständig mit Activen und Passiven auf den überlebenden Ehegatten übergehen und den Kindern dafür eine privilegirte Forderung an den Ehegatten, resp. unter Mithaftung des Stiefvaters, eingeräumt wird, welche in der Regel mit der Volljährigkeit der Kinder zur Auszahlung kommt. Die Natur des Geschäfts wird dadurch keine andere. Es bleibt eine Erbtheilung, die nur insoweit besonders gesetzlich geregelt ist, als — abweichend von den allgemeinen Grundsätzen, wonach die Miterben in Bezug auf reelle Theilung der Nachlaßgegenstände, sowie auf das Erwerben derselben durch Austausch oder Abfindung durch Geld im Ganzen gleiche Rechte haben — im Falle des Art. 16 dem überlebenden Ehegatten das Vorrecht gegeben ist, durchgängig eine s. g. Civiltheilung vorzunehmen, vermöge deren er

sämmtliche Activa, unter gleichzeitiger Uebernahme der Schulden, gegen Verpflichtung zu einer Geldabfindung für sich behält. Wenn nun Beklagter im vorliegenden Falle eine Nichtigkeit des Ausspruchs daraus herleiten zu können glaubt, daß es an einer nothwendigen Voraussetzung desselben: einem Erbtheile, auf dessen Auskehrung die Sommer'schen Kinder einen Anspruch gehabt hätten, ganz gefehlt habe, so folgt aus der vorstehend entwickelten rechtlichen Natur des Geschäftes, daß diese Auffassung eine unbegründete ist. Eine Erbschaft, und folgeweise Erbtheile, sind auch dann vorhanden, wenn der Nachlaß überschuldet ist,

L. 119 D. de verb. sign.,

und wenn der überlebende Ehegatte gegen die von ihm zu leistende pecuniäre Abfindung überschuldete Erbportionen der Kinder übernommen hat, so besteht das Nachtheilige des Geschäfts für ihn nicht darin, daß er über eine nicht existirende Sache contrahirt hätte (was allerdings Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben würde), sondern nur darin, daß die übernommenen Erbtheile der Kinder, statt dem Werthe der dafür gewährten Abfindung zu entsprechen, sogar eine Unterbilance ergeben haben, also immer nur in dem Mißverhältnisse von Leistung und Gegenleistung. Das kann aber einen Grund zur Anfechtung des Geschäftes überhaupt nicht abgeben,

arg. L. 14 § 1 L. 15 D. de hered. vel act. vend. (18, 4),

und insbesondere auch nicht dahin führen, daß wenigstens das dem Ausspruche beigelegte Privilegium ganz, oder beziehungsweise soweit dieser den Werth des Erbtheils übersteigt, in Wegfall kommen müßte. Die Concursordnung § 104 räumt dieses Privilegium dem „bei der zuständigen Behörde ausgesprochenen Kindergelde" unbedingt ein; und so wenig der Art. 16 des Erbgesetzes vom 10./15. Febr. 1862, als das Gesetz vom 20./25. Juni 1863 geben eine Andeutung, daß der Betrag dieses Kindergeldes gerade dem Werthe des Erbtheils, wenn derselbe realisirt werden würde, entsprechen müsse. In vielen Fällen würde es auch gar nicht

das Sachgemäße und Billige sein, wenn die Höhe des Ausspruchs lediglich nach dem augenblicklichen Werthe des Erbtheils festgestellt würde. Die Kinder werden gezwungen, sich mit einer fixirten Forderung für die Zukunft zu begnügen; es wird ihnen also der mit der wirklichen Auskehrung verbundene Vortheil vorenthalten, ihren Erbtheil selbst, resp. durch ihre Vormünder, in beliebiger Weise nutzbar machen zu können; es wird ihnen zugleich jede Theilnahme an ferner in Aussicht stehendem Wachsthum des Sammtgutes entzogen, ein Punkt, der oft, namentlich wo ein Handelsgeschäft Hauptobject ist, von großer Erheblichkeit sein kann. Andererseits ist es häufig für den überlebenden Ehegatten, resp. den Stiefvater, besonders wenn er dem Handelsstande angehört, höchst wichtig, eine specielle Inventarisirung und Taxation des Nachlasses zu vermeiden. Durch Zugestehen eines höheren Ausspruchs kauft er sich zugleich die Last und Nachtheile einer solchen speciellen Kundgebung der Vermögensverhältnisse ab. Erwägt man alles dieses, so ergiebt sich, daß die Feststellung des Ausspruchs etwas Arbiträres hat und, wo sie — wie im vorliegenden Falle — durch freie Vereinbarung zu Stande kommt, ihr die Natur eines Vergleiches zugeschrieben werden muß, bei dem die Frage, ob nach Maßgabe des Bestandes der Erbschaft den Kindern überhaupt ein Ausspruch zu leisten und wie hoch derselbe zu bestimmen sei, nicht von einander zu trennen sind. Ein Vergleich aber kann bekannten Rechten nach zwar dann angefochten werden, wenn eine beiderseits als unzweifelhaft betrachtete Voraussetzung desselben in Wahrheit nicht bestand (was vorliegend z. B. der Fall sein würde, wenn die Kläger erbberechtigte Kinder des Chr. Heinr. Sommer gar nicht gewesen wären); für dessen Rechtsbestand ist es aber ohne allen Einfluß, daß ein Punkt, über den contrahirt wurde, von dem einen oder anderen Theile falsch beurtheilt worden ist. Von einer Anfechtung des Ausspruchs wegen Irrthums ist zudem im vorliegenden Falle überall nicht die Rede, indem Beklagter vielmehr umgekehrt behauptet, daß die Insolvenz des Sommer'schen

Nachlasses der Wittwe Sommer und dem Heel zur Zeit des Ausspruchs genau bekannt gewesen sei.

Es kommt hiernach

II. lediglich auf die dem Anspruche der Kläger entgegengesetzte Paulianische Einrede an, auf welche sich die Beweisauflagen des vom Obergericht bestätigten Handelsgerichts-Erkenntnisses beziehen. Kläger verlangen die sofortige Verwerfung dieser Einrede, eventuell eine Vervollständigung der dem Beklagten auferlegten Beweise, aus drei Gründen:

A. der Ausspruch sei als Vergleich und wegen der dabei eintretenden obrigkeitlichen Mitwirkung überhaupt unanfechtbar;

B. es fehle an einer auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichteten Absicht, und trage jedenfalls der Vertrag vom 16. April 1866, durch den der Ausspruch festgestellt worden, nicht den Charakter eines Liberalitäts-Actes an sich;

C. keiner der jetzt periclitirenden Gläubiger sei schon zur Zeit des Ausspruchs Gläubiger gewesen.

Dagegen hat Beklagter, abgesehen von seiner Einrede der Nichtigkeit, nur einen auf den Punkt sub C. bezüglichen und dort mit in Betracht zu ziehenden Antrag auf Abänderung der handelsgerichtlichen Beweisauflage gestellt.

Zu A. ist es

1) nach den Ausführungen unter I. allerdings richtig, daß dem hier in Frage stehenden Vertrage die rechtliche Natur eines Vergleichs zukommt. Daraus folgt aber in keiner Weise, daß derselbe mit der Paulianischen Klage oder Einrede nicht angefochten werden könnte. Kläger haben weder besondere Gründe dafür angegeben noch findet sich in den Quellen oder bei den Rechtslehrern ein Anhaltspunkt für die Annahme, daß ein mittelst eines Vergleichs zur Ausführung gebrachtes consilium fraudandorum creditorum einer Anfechtung von Seiten der dadurch benachtheiligten Gläubiger nicht unterliege. Ebenso unzutreffend ist

2) die Berufung auf die bei Feststellung des Ausspruchs eingetretene obrigkeitliche Mitwirkung. Das Stadtamt war zu dieser Mitwirkung nur in der Eigenschaft einer obervor-

mundschaftlichen Behörde berufen und seine Aufgabe bestand nur darin, für Wahrung der materiellen Interessen der Minderjährigen zu sorgen. Ohne obrigkeitliche Bestätigung konnte der Vertrag nicht zu Stande kommen. Die hinzutretende Bestätigung aber ändert an dessen rechtlichem Charakter nichts. In keinem Falle kann ihr die Wirkung eingeräumt werden, daß dadurch das Recht der Gläubiger, den Vertrag als einen zu ihrer Benachtheiligung abgeschlossenen anzufechten, ausgeschlossen oder beschränkt würde. Dies ergiebt sich schon daraus, daß denselben gar keine Gelegenheit zur Einsprache und Wahrung ihrer Rechte gegeben war. Der Ausspruch wurde nach § 3 Abs. 2 des Gesetzes vom 20./25. Juni 1863 in dem Augenblicke perfect, wo er durch das Amtsblatt zur Kunde dritter Personen gelangte. Daß an Vorstehendem auch dadurch Nichts geändert wird, daß das Gesetz (§ 4) dem von der zuständigen Vormundschaftsbehörde aufgenommenen Protokolle volle beweisende Kraft beilegt, ist klar. Mit diesem Protokolle kann immer nur dargethan werden, daß die vor der Behörde erschienenen Personen die protokollirten Erklärungen abgegeben haben. Der Beweis, daß diese Erklärungen, sei es absichtlich, sei es irrthümlicherweise, der Wahrheit nicht entsprechend gewesen, wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Zu B. fragt es sich zunächst,

1) ob überhaupt und welche Gläubiger durch den von der Wittwe Sommer und ihrem nachherigen Ehemanne Heel geleisteten Ausspruch benachtheiligt worden sind. Für diese Frage kann es

a) dem Rechte nach nur auf den Gesammtbestand des von beiden künftigen Ehegatten zusammenzubringenden Activvermögens und dessen Verhältniß zu der Summe der bereits vorhandenen Schulden derselben, zuzüglich der durch den Ausspruch zu begründenden privilegirten Forderung der Kläger, ankommen. Letztere Forderung gelangte überhaupt erst durch Vollziehung der beabsichtigten Ehe zur Existenz. Eben durch diese aber wurde, da einverstandenermaßen die Heel'schen Ehegatten in getrennten Gütern nicht gelebt haben, das

beiderseits zugebrachte Vermögen zu einem Gesammtgute, aus dem alle bereits vorhandenen Schulden des einen oder anderen Theiles ebenso wie s. Z. der den Klägern geleistete Ausspruch zu bezahlen waren. Eine Benachtheiligung der Gläubiger ist also eingetreten, wenn und insoweit, nach Befriedigung der neu constituirten privilegirten Forderung, jenes Sammtgut nicht mehr die Mittel zur Befriedigung der früheren Gläubiger darbot, in welcher Beziehung, wie die vorigen Richter unter Zustimmung beider Parteien festgestellt haben, der Zeilpunkt des geleisteten Ausspruchs der entscheidende ist.

b) In factischer Beziehung aber kann nur mit den beiden vorigen Gerichten davon ausgegangen werden, daß außer dem, nach Ausweis des Protokolles vom 16. April 1866, aus dem Hause Beckergrube № 136, einem Lager von Manufacturwaaren und dem häuslichen Mobiliar bestehenden Nachlasse des Chr. Heinr. Sommer, der sich im ungetheilten Besitze der Wittwe Sommer und der Kläger befand und von ersterer seit dem Tode ihres Ehemannes verwaltet worden war, ein nennenswerthes Vermögen auf der einen oder anderen Seite nicht vorhanden gewesen ist, das demnächstige Sammtgut, auf welches in Betreff der Schuldenzahlung zu rechnen war, vielmehr nur aus jenem Sommerschen Nachlasse bestand und mit demselben zusammenfiel. Der von dem Beklagten vorgeschützten Einrede liegt diese Annahme offenbar zu Grunde. Er hätte sonst daraus, daß der Sommersche Nachlaß überschuldet gewesen, resp. durch den geleisteten Ausspruch überschuldet geworden sei, nicht ohne Weiteres folgern können, daß die Gläubiger durch den Ausspruch benachtheiligt und die Kläger auf deren Kosten bereichert seien. An einzelnen Stellen der Exceptionsschrift tritt jene Voraussetzung auch klar zu Tage, z. B. in der angeführten Aeußerung des Kleve: „Heel werde den Ausspruch nur von dem Gelde leisten können, welches eigentlich den Geschäftsgläubigern gehöre;" sowie in der Behauptung: Heel habe sich bewegen lassen, den mit dem Status des Geschäfts in keinem Verhältnisse stehenden Aus-

spruch zu thun, obwohl er gewußt, daß er zahlungsunfähig sei. Hier ist dem ganzen Zusammenhange nach offenbar an die Insolvenz des Sommerschen Geschäfts gedacht. Es liegt aber darin, daß diese Insolvenz als eine Insolvenz des Heel selbst charakterisirt wird, zugleich eine deutliche Hinweisung darauf, daß durch Uebernahme des Geschäfts von seiner Seite nichts geändert worden, er demselben also nichts zugebracht habe. Klägerischerseits ist in der Replik dieser Voraussetzung nicht allein nicht widersprochen, sondern der ganze Inhalt dieser Schrift beweist, daß Kläger auf demselben Standpunkte stehen. Auch sie behandeln die Frage, ob durch den Ausspruch die Gläubiger verletzt worden, nur mit Beziehung auf den Stand des Sommerschen Geschäftes, welches einen Theil des Sommerschen Nachlasses gebildet hat, und geben dadurch zu erkennen, daß das für die Paulianische Einrede in Betracht kommende Vermögen, abgesehen von dem Grundstücke, lediglich in jenem Geschäfte bestanden habe und bestehe. Daß die Parteien auf diesen Punkt nicht specieller eingegangen sind, erklärt sich eben daraus, daß sie ihn als einen außer aller Contestation stehenden ansehen.

Gegen die Annahme des Handelsgerichts, daß es nur auf den Bestand des Sommerschen Nachlasses zur Zeit des geleisteten Ausspruchs ankomme, ist denn auch in der Richtung, daß hier noch auf ein etwaiges Privatvermögen der Wittwe Sommer, für welches ohnehin eine Vermuthung nicht streitet, Rücksicht zu nehmen gewesen wäre, ein Einwand überall nicht erhoben worden. Anders freilich in Betreff der in den vorigen Instanzen supponirten Vermögenslosigkeit des Heel. Dies ist aber ein Punkt, über den das Handelsgericht sich ausdrücklich ausgesprochen hat, indem es in seinem letzten Entscheidungsgrunde erklärte: daß auf den Zustand des etwaigen Heelschen Vermögens vor der Verheirathung und Uebernahme des Geschäfts keine Rücksicht zu nehmen sei, weil eine behufige Behauptung nicht gemacht sei und sich übrigens aus diesen und den Concursacten ergebe, daß Heel kein Vermögen besessen habe. Dieser positiven Annahme, die

schon abgesehen von dem Inhalte der dem Ober=Appellations=Gericht nicht vorliegenden Concursacten, nach dem oben hervorgehobenen Inhalte der Verhandlungen erster Instanz eine wohlberechtigte war, hätten die Kläger, wenn sie sie nicht gegen sich gelten lassen wollten, jedenfalls wenigstens in zweiter Instanz Widerspruch entgegensetzen müssen, was indeß weder in der Beschwerdenschrift noch, ausweislich der Entscheidungsgründe des Obergerichts, in den mündlichen Verhandlungen vor demselben geschehen ist. Erst in gegenwärtiger Instanz kommen Kläger auf diesen Punkt zu sprechen, ohne indeß auch jetzt die positive Behauptung, daß Heel zur betreffenden Zeit eigenes Vermögen besessen habe, zu wagen. Sie beschränken sich auf die Bemerkung, daß sie „die Schlußfolgerung, daß Heel kein Vermögen besessen, welche das Handelsgericht aus den Concursacten ziehe, vermuthlich weil er das bei seiner Vernehmung zu Protokoll gesagt habe, und welche das Obergericht aus einem fingirten Geständnisse der Kläger scheine für wahr annehmen zu wollen, für zulässig und resp. thatsächlich richtig ihrerseits durchaus nicht anerkennen;" ein Punkt, auf den sie, nach dem hervorgehobenen Charakter der Verhandlungen erster und zweiter Instanz, jetzt nicht mehr in solcher Weise zurück kommen können.

Thatsächlich kommt es also auf die Annahme der vorigen Gerichte hinaus, daß eine Verletzung der Gläubiger in der Leistung des Ausspruchs dann gefunden werden muß, wenn der Sommersche Nachlaß zur Zeit des Vertrags insolvent gewesen oder durch denselben insolvent geworden ist, und stellt sich demnach der erste vom Handelsgericht normirte Beweis als gerechtfertigt und sachentsprechend dar. Anlangend sodann

2) die Frage, ob eine auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichtete Absicht als vorhanden anzunehmen sei und bei welchen Personen diese Absicht vorhanden gewesen sein müsse, so ist den vorigen Richtern zwar

a) darin beizutreten, daß der dolus sowohl der Wittwe Sommer als auch des Heel nachgewiesen werden muß, indem

die betrügliche Absicht nur Eines der Promittenten die in der solidarischen Verbindlichkeit Beider begründete Klage nicht zu elidiren vermöchte; sowie ferner darin, daß ein auf Benachtheiligung der Gläubiger gerichteter Wille der späteren Heelschen Eheleute dann als vorhanden anzunehmen sein wird, wenn bewiesen werden kann, daß sie zur Zeit der Leistung des Ausspruchs von dem im ersten handelsgerichtlichen Beweissatze ausgedrückten Vermögensstande Kunde gehabt haben. Dies kann um so weniger bezweifelt werden, als die Bestimmung der Größe des Ausspruchs, ausweislich des Protokolles vom 16. April 1866, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf einen nach Abzug der Schulden verbleibenden Vermögensbestand von 5000 ℔ erfolgt ist, und die Promittenten, wenn sie wußten, daß diese Angabe falsch war, nothwendig auch das Bewußtsein haben mußten, daß durch die Creirung einer neuen privilegirten Forderung die Interessen der bereits vorhandenen Gläubiger auf das Wesentlichste gefährdet wurden. Dagegen kann

b) die Auffassung der vorigen Gerichte nicht getheilt werden, daß der Ausspruch, soweit er das richtige Maß überschritt, als eine Freigebigkeit der Gemeinschuldner erscheine und daher zur Anfechtung derselben mit der Paulianischen Klage die Wissenschaft der Heelschen Eheleute genüge. Nach den Ausführungen oben unter I liegt in der Ausspruchsleistung ein oneroses Geschäft; und ein solches verliert diesen seinen Charakter noch nicht ohne Weiteres dadurch, daß es in seinem Erfolge nur dem einen Theile vortheilhaft ist und der andere Theil mit dem Bewußtsein dieses Erfolges contrahirt hat. Entgegengesetzten Falles würde jedes überhaupt mit der Paulianischen Klage anzufechtende Geschäft eben deßhalb auch als ein auf Liberalität beruhendes anzusehen sein. Ein unter onerosem Titel abgeschlossenes Geschäft ist vielmehr so lange als ein oneroses zu behandeln, bis der Nachweis ganz specieller Gründe geliefert ist, die dasselbe ganz oder theilweise als einen Liberalitätsact erscheinen lassen, wie dies z. B. im Falle einer bloßen Simulation anzunehmen sein würde oder

auch wohl aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles gefolgert werden kann.

Vgl. Urth. d. O.-A.-Ger. v. 4. Juni 1863 in d. Hamb. Sache Krös c. Krös Cur. bon. (Hamb. Samml. V p. 8? flg.)

Die Simulation würde aber eine Betheiligung des anderen Contrahenten an der betrüglichen Absicht voraussetzen, und Umstände, wie sie in der angeführten Sache den Ausschlag gegeben haben, liegen hier nicht vor. Es folgt hieraus, daß die Anfechtung des Ausspruchs mit der Paulianischen Einrede nur dann Platz greift, wenn die klägerischen Vormünder die auf Beeinträchtigung der Gläubiger gerichtete Absicht getheilt haben. Denn die vom Handelsgericht für seine entgegengesetzte Annahme noch angeführte Bestimmung der l. 6 § 10 D. h. t. findet auf Geschäfte, bei denen der Minderjährige durch seinen Vormund vertreten war, keine Anwendung, und ein allgemeiner Satz des Inhalts, daß auch bei onerosen Geschäften der noch vorhandene Gewinn von dem unwissenden Erwerber herausgegeben werden müsse, läßt sich aus den dafür angeführten Gesetzesstellen,

vgl. Windscheid, Pand. § 463 Note 24,

nicht herleiten. Da nun aber Beklagter in der Vernehmlassung eventuell die Behauptung aufgestellt hat: „daß auch die bei der Leistung des Ausspruchs die klägerischen Minorennen vertretenden Vormünder von der Ueberschuldung des Geschäfts Kenntniß hatten," so konnte es nicht zur sofortigen Zurückweisung der Einrede kommen, sondern mußte nur, der eventuellen Beschwerde der Kläger entsprechend, die den Beklagten gemachte Beweisauflage so, wie unter 2. b. des gegenwärtigen Urtheils geschehen, geändert, resp. vervollständigt werden.

Zu C. Mit dem dritten Einwande, daß keiner der jetzt periklitirenden Gläubiger schon zur Zeit der Ausspruchsleistung Gläubiger gewesen, bezwecken Kläger zunächst wieder Abweisung der Einrede, eventuell eine Abänderung des dritten handelsgerichtlichen Beweissatzes dahin: „daß entweder die jetzigen Gläubiger schon zur Zeit des Ausspruchs Gläubiger waren, oder daß die damaligen Gläubiger mit dem Gelde,

pecunia, der jetzigen befriedigt sind." Auf denselben Punkt bezieht sich die eventuelle Beschwerde des Beklagten, daß ihm nicht der Beweis nachgelassen worden: „daß ein Concursgläubiger, Kleve, für eine vor dem Ausspruch entstandene Forderung nicht befriedigt wird, wenn die von der Jenseite angemeldete Forderung als Ausspruch anerkannt werden müßte."

Es handelt sich bei diesen Beschwerden um die Anwendung des Princips, daß nur denjenigen Gläubigern die Paulianische Klage oder Einrede zusteht, die durch das fraudulöse Geschäft entweder unmittelbar benachtheiligt oder mit derem Gelde solche benachtheiligte Gläubiger befriedigt worden sind,

L. 10 § 1 L. 15, 16 D. quae in fraud. creditor. (42, 8.),

auf den vorliegenden Fall; und kommt zunächst

1) die Beschwerde des Beklagten in Betracht, wonach es auf die (vom Handelsgericht allein in Betracht gezogene) zweite der vorstehenden Alternativen deßhalb gar nicht ankommen soll, weil der Fall der ersten (Vorhandensein eines durch den Ausspruch unmittelbar benachtheiligten Gläubigers) vorliege. Beklagter beruft sich dabei auf seine duplikarische Behauptung, die dahin ging: „daß ein vom Contradictor anerkannter Wechsel über 1100 ₰ vom 28. März 1866 (also älter als der am 16. April 1866 geleistete Ausspruch) vorliege, mit welchem der Gläubiger Kleve periclitire." Dies war eine Entgegnung auf den Einwand der Kläger: „daß nicht behauptet sei und nicht behauptet werden könne, daß ein einziger der jetzigen Gläubiger periklitire. Der von den Gläubigern zunächst periklitirende H. H. Heel datire seine Schuld erst vom März 1867." Es kann also über die Tendenz jenes duplikarischen Vorbringens — daß dasselbe nämlich gerade dazu bestimmt war, das Vorhandensein wenigstens Eines durch die Ausspruchsleistung unmittelbar benachtheiligten Gläubigers darzuthun — kein Zweifel obwalten. Die Frage, ob dasselbe in der Duplik noch zeitig genug kam, ist von den Klägern nicht angeregt. Jedenfalls bietet die allerdings ziemlich summarische und unklare Angabe auf pg. 7, 8

der Vernehmlassung soviel, daß das Vorbringen in der Duplik als eine noch statthafte Erläuterung eines in den Exceptionen bereits vorgebrachten Vertheidigungsmomentes sich auffassen läßt.

Anlangend das Rechtliche des fraglichen Punktes, so ist nicht zu bezweifeln, daß der Gläubiger Kleve, wenn die bezügliche Angabe sich bewahrheitet, den Ausspruch insoweit, als er bezüglich seiner fraglichen Forderung dadurch benachtheiligt wird, anzufechten berechtigt ist. Auch bestreiten Kläger mit Unrecht die Befugniß des Contradictors, dieses Recht eines einzelnen Gläubigers geltend zu machen. Wie die Paulianische Klage ganz allgemein dem Curator gestattet ist,

L. 1. pr. D. h. t. (42. 8),

obgleich in den seltensten Fällen sämmtliche Gläubiger, sondern immer nur Einer oder Einzelne derselben durch die fraudulöse Veräußerung verletzt sein werden, so muß auch der Contradictor berechtigt sein, die Paulianische Einrede, wenn auch nur auf Grund des Rechtes einzelner oder eines einzigen Gläubigers, mit der Wirkung vorzuschützen, daß dessen Forderung gegenüber das fraudulöse Geschäft als gar nicht vorgekommen behandelt wird.

Andererseits aber ist klar, daß der Beklagte durch den fraglichen Beweis nicht Alles erreichen kann, was er mit der vorgeschützten Einrede bezweckt. Die Ausspruchforderung der Kläger, wenn sie auch jener Kleveschen Forderung gegenüber rescindirt wird, bleibt den übrigen Buchforderungen gegenüber, und zwar als eine privilegirte Forderung, in Kraft, während die Tendenz des Beklagten auf die gänzliche Beseitigung des von den Klägern an die Masse gestellten Anspruchs gerichtet ist. Es bedarf also noch

2) eines Eingehens auf die zweite der hervorgehobenen Alternativen, und fragt sich, ob hier der Fall vorliegt, daß Gläubiger, gegen welche die betrügerische Absicht der Contrahenten unmittelbar gerichtet war, mit dem Gelde der jetzigen im Concurse aufgetretenen Gläubiger abgefunden worden sind. In dieser Beziehung aber kann der Ansicht der vori-

gen Gerichte nicht beigetreten werden, daß es lediglich auf den Erfolg — ob das Geld, welches der Gemeinschuldner von den neuen Gläubigern erhalten hat, direct oder mittelbar zur Befriedigung der durch das fraudulöse Rechtsgeschäft verkürzten Gläubiger verwendet worden ist — ankomme. Das Recht der späteren Gläubiger, sich der Paulianischen Klage oder Einrede zu bedienen, ist vielmehr dadurch bedingt, daß sie ihr Geld speciell zum Zwecke der Befriedigung der verkürzten Gläubiger hergegeben haben und es dann zu diesem Zwecke verwendet worden ist. Hierfür sprechen nicht allein die in L. 16 cit. gebrauchten Worte „priores pecunia posteriorum dimissi" im Beihalte der L. 24 § 3 D. d. reb. auctor. jud. poss. (42, 5), sondern auch überwiegende innere Gründe. Aufs bestimmteste wird der ohnehin aus der rechtlichen Natur der actio Pauliana abzuleitende Satz hervorgehoben (namentlich in L. 15. D. h. t.), daß consilium und eventus auf dieselben Personen zusammentreffen müssen. Soll also Jemand zur Klage berechtigt sein, gegen den die fraus gar nicht gerichtet war, so muß dem ein durch irgend einen Rechtsgrund vermittelter Uebergang des Klagerechts zu Grunde liegen. Es läßt sich nicht annehmen, daß das Gesetz diesen Uebergang an die nackte Thatsache habe knüpfen wollen, daß das von einem späteren Gläubiger geborgte Geld vom Schuldner zur Befriedigung eines betrogenen früheren Gläubigers verwendet wurde, und es solchergestalt von der Wahl des Schuldners oder vom Zufall abhängen sollte, ob und welchem von den späteren Creditoren ganz ungeahnt die actio Pauliana zufiele. Verlangt man dagegen ein gerade auf Befriedigung eines früheren Gläubigers gerichtetes Geschäft, so liegt eben darin implicite der präsumtive Wille des neuen Gläubigers, in alle Rechte des abgefundenen einzutreten, und die gesetzliche Bestimmung erkennt nur an, daß dieser Wille nicht ausdrücklich kund gegeben zu sein braucht, ganz wie es in einer Reihe analoger Fälle auch geschieht: beim jus offerendi, der hypothekarischen Succession und, was hier am Nächsten steht, beim Abfinden eines privilegirten Gläubigers.

L. 2 D. de cess. bon. (42, 3),
L. 24 § 3 D. de reb. auct. jud. (42, 5),
Vgl. Mühlenbruch, Cession § 43 a. E.,
Schmid, Cession Thl. I. S. 357 flg.

Die Lehrbücher pflegen auf die vorliegende Frage zwar nicht näher einzugehen, äußern sich darüber aber so, daß man sie als der hier vertretenen Ansicht zustimmend ansehen muß.

Z. B. Keller, Pand. p. 694.

„Wer also erst nach dem fraglichen gestum Creditor geworden ist, hat die Klage nur, wenn er durch Abfindung eines wirklichen Creditors bei Eingehung seiner obligatio an dessen Stelle getreten ist."

Vgl. Seuffert, Pand. § 671,
Göschen, Vorles. § 631 z. Anf.

Nun läßt sich in der Vernehmlassung des Beklagten zwar nothdürftig die Behauptung finden, daß Heel das von den jetzigen Gläubigern erborgte Geld zur Bezahlung älterer Geschäftsschulden verwendet habe. Mit keinem Worte aber ist angedeutet, daß — abgesehen von dem Kaufmann Possehl, der als hypothekarischer Gläubiger seine Befriedigung aus dem Grundstücke gefunden hat und daher hier nicht mehr in Betracht kommt — die im Concurse aufgetretenen Gläubiger ihr Geld zu dem fraglichen Zwecke hergegeben haben, geschweige denn, daß die in dieser Beziehung erforderliche nähere Substantiirung geliefert wäre.

Hiernach war der dritte dem Beklagten vom Handelsgerichte auferlegte Beweis in Wegfall zu bringen und konnte demselben auch ein anderer, den Uebergang der actio Pauliana von älteren auf die gegenwärtigen Gläubiger betreffender Beweis nicht nachgelassen, mußte vielmehr die Paulianische Einrede, soweit sie nicht aus dem Rechte des rc. Kleve hergeleitet ist, verworfen werden. Dagegen war dem Beklagten aus den unter 1) entwickelten Gründen noch der, in seinen Folgen freilich viel beschränktere, Beweis zu verstatten, daß und in welchem Maße der genannte einzelne Gläubiger zur Zeit des Ausspruchs bereits forderungsberechtigt gewesen und durch diesen beschädigt worden ist.

76. Hamburg.

Untersuchungssache wider **Johann Ludwig Emil Mühlenpfordt** zu Hamburg, wegen Brandstiftung, jetzt Nichtigkeit betreffend.

1) War eine eingeleitete Untersuchung bereits gegen einen bestimmten Angeschuldigten gerichtet, so läßt sich der richterliche Ausspruch, daß die Untersuchung bis zur etwaigen Auffindung weiterer Momente zu beruhen habe, — sofern derselbe nicht etwa den Umständen nach die Bedeutung einer Instanzentbindung haben sollte, — nur als Ablehnung einer positiven Entscheidung über das Ergebniß der Untersuchung auffassen.

2) Eine solche Ablehnung kann, wenn die Untersuchung als zur Zeit erschöpft anzusehen war, vom Angeschuldigten als nichtig angefochten werden.

Rechtsfall. In der Seifenfabrik von J. L. E. Mühlenpfordt zu Hamburg, Vorstadt St. Pauli, brach am Abend des 14. August 1868 ein Feuer aus, welches in kurzer Zeit das Gebäude der Fabrik zerstörte und die anstoßenden Häuser beschädigte. Aus mehreren Umständen wurde Verdacht geschöpft, Mühlenpfordt selbst trage die Schuld an Entstehung des Feuers. Gleich bei Verweisung der Sache zur Criminaluntersuchung am 17. August wurde er in Haft genommen und erst nach 3 Monaten gegen juratorische Caution aus derselben wieder entlassen. Nachdem kurz nach dieser Entlassung ein Instructorium des Obergerichts wegen Vervollständigung der Untersuchung erledigt worden war, ließ Mühlenpfordt in einer dazu erbetenen Frist eine schriftliche Vertheidigung einreichen und stellte darin den Antrag, ihn von dem Verdachte der Brandstiftung, eventualiter nach abgeleistetem Reinigungseide, gänzlich freizusprechen.

1) Das Obergericht

gab hierauf am 23. Januar 1869 folgendes Erkenntniß ab.

„In polizeilichen Untersuchungssachen, betreffend das am Abend des 14. August 1868 in der Mühlenpfordt'schen Seifenfabrik St. Pauli Marktstr. 17 ausgebrochene Feuer, erkennt das Obergericht:

da die im Verlaufe der Untersuchung gegen den Fabrikanten Mühlenpfordt zur Erörterung gekommenen Verdachtsgründe, in Folge welcher derselbe einer längeren Untersuchungshaft unterzogen worden, denselben nicht soweit graviren, daß auf eine Entbindung nur von der Instanz zu erkennen wäre:

daß die Untersuchung in Betreff der Entstehung des am Abend des 14. August 1868 in St. Pauli in der Marktstraße ausgebrochenen Feuers, durch welches die Mühlenpfordt'sche Seifenfabrik in Asche gelegt worden, bis zur etwaigen Auffindung weiterer Momente zu beruhen habe, die juratorische Caution des Mühlenpfordt für erledigt zu erklären, den betreffenden Versicherern mitzutheilen, daß amtsseitig der Auszahlung von Versicherungsgeldern an Mühlenpfordt nichts mehr im Wege stehe, und dem Mühlenpfordt die sequestrirten, demselben gehörigen Gegenstände, sofern solches nicht bereits geschehen, zu restituiren."

Mühlenpfordt suchte hierauf zunächst durch ein an das Obergericht gerichtetes Restitutions- und Declarationsgesuch die gewünschte einfache Freisprechung zu erreichen, erhielt jedoch folgendes Decret vom 13. Februar:

„Da die Entstehung des in der Fabrik des Supplicanten oder in den angrenzenden Räumen ausgebrochenen Feuers nicht ermittelt worden ist, und folgeweise die auf die Entstehung desselben bezügliche Untersuchung nicht für definitiv erledigt erklärt werden konnte, vielmehr erkannt werden mußte, daß dieselbe bis zur Auffindung neuer Momente zu beruhen habe; da auch der Ausspruch des angefochtenen Erkenntnisses, „daß M. nicht soweit gravirt sei, um nur von der Instanz entbunden zu werden," mit jener Entscheidung keineswegs im Widerspruche steht;

daß es bei dem Erkenntnisse vom 23. Januar d. Js. lediglich zu belassen."

Mühlenpfordt reichte nunmehr eine gegen beide Verfügungen des Obergerichts gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde ein, und verband damit eventuell eine einfache Beschwerde gegen das Erkenntniß vom 23. Januar.

Nachdem sodann das Obergericht unter dem 19. April eine seine Entscheidung näher erläuternde Erklärung abgegeben hatte, hob

2) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 25. September 1869 die beiden angefochtenen Verfügungen als nichtig wieder auf, und verwies die Sache zu anderweitem Erkenntniß über die geführte Untersuchung an das Obergericht zurück.

Entscheidungsgründe.

Der Angeschuldigte hat

I. sowohl das Erkenntniß des Obergerichts vom 23. Januar d. Js., als dessen Decret vom 13. Febr. als nichtig angefochten, weil der darin enthaltene Ausspruch, „die Untersuchung habe bis zur etwaigen Auffindung weiterer Momente zu beruhen," einen Verstoß gegen wesentliche Vorschriften des Strafverfahrens enthalte. Es konnte nun

1) die Statthaftigkeit dieser Nichtigkeitsbeschwerde nicht beanstandet werden. Allerdings würde sich bloß der Inhalt einer richterlichen Entscheidung als angefochten darstellen, wenn der erwähnte Ausspruch des Obergerichts in Verbindung mit den zu Gunsten des Angeschuldigten daran geknüpften Verfügungen — Erledigung der juratorischen Caution, Geschehenlassen der Auszahlung von Versicherungsgeldern, Rückgabe der sequestrirten Gegenstände — als eine nur mit andern Worten ausgedrückte Entbindung von der Instanz aufzufassen wäre. Dann läge ein die bisherige Untersuchung wirklich beendigendes Erkenntniß vor, dessen Richtigkeit oder Unrichtigkeit für die Nullitätsinstanz nicht in Frage kommen könnte. Allein diese Auffassung wird, auch wenn sie mit der

gebrauchten Ausdrucksweise („die Untersuchung in Betreff der Entstehung des — — — Feuers — — — habe zu beruhen") verträglich sein sollte, durch die als Motiv vorausgeschickte ausdrückliche Erklärung des Obergerichts, daß der Angeschuldigte bisher „nicht soweit gravirt sei, daß auf eine Entbindung nur von der Instanz zu erkennen wäre," entschieden beseitigt; wie denn auch die unter dem 19. April d. Js. hierher erstattete Erklärung des Obergerichts bestätigt, daß eine Instanzentbindung habe vermieden werden sollen. Der gedachte Ausspruch kann daher nicht anders als seinem Wortlaut gemäß dahin verstanden werden, die Untersuchung solle, obwohl für jetzt kein Anlaß zu weiterer Vervollständigung derselben gegeben sei, noch nicht als beendigt angesehen, die Entscheidung über die rechtliche Wirkung der bisherigen Verdachtsgründe vielmehr erst dann getroffen werden, wenn künftig etwa neue Momente für oder wider den Angeschuldigten aufgefunden würden; alle arrestatorischen Maßregeln gegen den Angeschuldigten seien jedoch gleich jetzt aufzuheben. Das Erkenntniß des Obergerichts giebt also in der Sache selbst gar keine richterliche Entscheidung, sondern *setzt dieselbe* vielmehr „bis zur etwaigen Auffindung weiterer Momente" *aus*; das Obergericht *will* noch gar nicht in der Sache urtheilen, sondern damit bis zum Hinzukommen neuer, für Schuld oder Nichtschuld sprechender Momente warten. Es ist somit für jetzt lediglich eine proceßleitende Verfügung erlassen worden, so daß durch die Beschwerde das *Verfahren* des Obergerichts angegriffen wird, und es nur darauf ankommt, ob in demselben ein *wesentlicher Mangel* zu finden sei.

2) Auch diese Frage mußte aber bejaht werden.

Unverkennbar hielt das Obergericht es der Sachlage nicht angemessen, durch Freisprechung die bisherigen Indicien gegen den Angeschuldigten zu entkräften und dadurch eine künftige Wiederaufnahme der Untersuchung zu hindern oder zu erschweren, wollte aber andererseits den Angeschuldigten auch nicht den Nachtheilen einer absolutio ab instantia unterwerfen, und wählte daher den Weg, die Untersuchung bis auf Weiteres

einzustellen, jedoch unter Aufhebung aller, die Person oder das Vermögen des Angeschuldigten beschränkenden Maßregeln, und unter Beifügung des Zeugnisses, daß er bisher nicht bis zu einer Instanzentbindung gravirt sei. Wenn das Obergericht in seiner Erklärung vom 19. April bemerkt, daß es die gleiche Art der Verfügung seit einer langen Reihe von Jahren in Anwendung gebracht habe und dieselbe, soweit erinnerlich, einer erfolgreichen Anfechtung bisher nicht unterzogen worden sei, so konnten hierin die Elemente eines dem gemeinen Recht wirksam derogirenden Gewohnheitsrechtes nicht gefunden werden. Und nach den Grundsätzen des gemeinrechtlichen Strafverfahrens ließ sich der zur Vereinigung jener beiden Zwecke versuchte Ausweg nicht als statthaft ansehen.

Nach dem actenmäßigen Verlauf der gegenwärtigen Strafsache ist es außer Zweifel, und wird vom Obergericht in der Erklärung vom 19. April ausdrücklich anerkannt, daß die geführte Untersuchung vorzugsweise gegen den Querulanten, als den der Brandstiftung Verdächtigen, gerichtet gewesen, Querulant also wegen dieses Verbrechens in den Stand der Anschuldigung versetzt worden ist. Jeder Angeschuldigte hat aber ein unbestrittenes und nach dem Zweck des Strafverfahrens unbestreitbares Recht darauf, daß die gegen ihn gerichtete Untersuchung durch eine richterliche Entscheidung über das Ergebniß derselben zu einem bestimmten Ende geführt werde. Ebenso leuchtet es ein, daß eine Unterdrückung oder Verkümmerung dieses Rechtes, d. h. eine Proceßleitung, wodurch dem Angeschuldigten die Möglichkeit, zu einem richterlichen Urtheil über die gegen ihn geführte Untersuchung zu gelangen, genommen oder erschwert wird, einen wesentlichen Mangel des Verfahrens bilde. Das Strafverfahren ist gerade dazu bestimmt, zunächst alle geeigneten und zulässigen Mittel der Wahrheitserforschung anzuwenden, dann aber auf Grund derselben richterlich zu entscheiden, ob der Angeschuldigte zu verurtheilen oder freizusprechen, und im letzteren Falle, nach der doppelten Form des gemeinen Rechts, ob er mit oder ohne zurückbleibenden Verdacht freizusprechen

sei. Mit diesem anerkannten Zwecke würde es in Widerspruch stehen, wenn eine Untersuchung, welche zur Zeit als erschöpft anerkannt werden muß, dennoch nicht für beendigt erklärt, sondern wegen der bloßen Möglichkeit einer künftigen besseren Aufhellung der Umstände, einstweilen nur abgebrochen, dem Angeschuldigten also eine positive Entscheidung bis zum völlig ungewissen Auftauchen neuer Beweismomente verweigert werden dürfte, und er sich, von einer solchen meist sehr unwahrscheinlichen Veränderung der Sachlage abgesehen, gefallen lassen müßte, zeitlebens im Stande der Anschuldigung zu bleiben. Ob und in welchem Grade mit einem solchen Zustande reelle Nachtheile für die Person und das Vermögen des Angeschuldigten verbunden sind, kann hierbei nicht entscheidend in Betracht kommen. Ehre und guter Ruf werden durch die Ungewißheit, ob Schuld ermittelt, ob specieller Verdacht begründet sei oder nicht, beeinträchtigt; wird also diese Ungewißheit wider den Willen des Angeschuldigten auf unbestimmte Zeit forterhalten, so liegt darin ein gleiches Unrecht, wie in einem Abschneiden oder Beengen der Vertheidigung; schon die Möglichkeit, daß der Angeschuldigte zu einem günstigeren Ergebniß hätte gelangen können, genügt in beiden Fällen, die Verkürzung processualischer Rechte als einen wesentlichen Mangel erscheinen zu lassen. In der Doctrin stößt man auch auf keinen Zweifel hierüber, indem vielmehr der Punkt meistens, wenn überhaupt, nur durch den allgemeinen Satz berührt wird, daß der Erlaß eines Urtheils wesentlich sei, oder die Hebung der Ungewißheit über Schuld und Unschuld zu den aus dem Untersuchungsprincip nothwendig folgenden richterlichen Pflichten gehöre.

Vgl. Tittmann, Handb. Th. 4 § 670 (ed. 2 Th. 3 § 677),
Martin, Lehrb. des Crim.-Proc. (ed. 5) § 12,
Mittermaier, Strafverf. (ed. 4) Th. 2 § 189 fin. vgl. mit Th. 1 § 35,
Heffter, Criminalr. § 680 vgl. mit § 587,
Zachariä, Strafproc. Th. 1 § 10 a. E.

Wenn früher einzelne Schriftsteller die Möglichkeit einer „Entlassung ohne Urtheil" hingestellt haben, so war damit in

Wirklichkeit nur eine stillschweigende, d. h. ohne förmliches Urtheil zu erkennen gegebene Entbindung von der Instanz gemeint, gegen welche so gut, wie gegen die ausdrückliche Instanz-Entbindung, Beschwerde geführt werden konnte, wenn der Angeschuldigte seine Unverdächtigkeit verfechten zu können glaubte.

Vgl. Böhmer, ad const. crim. Car. Art. 99 § 3,
Tittmann, a. a. O. § 857 (896) fin.,
Zachariä, a. a. O. Th. 2 § 150 Not. 5.

Nach dem nun, was oben unter 1) bemerkt worden ist, unterliegt es keinem Zweifel, daß das Obergerichtserkenntniß vom 23. Januar und das demselben inhärirende Decret vom 13. Februar d. Js. ein richterliches Urtheil über das Ergebniß der bisherigen Untersuchung, ungeachtet dieselbe nach dem gegenwärtigen Stande der Sache für erschöpft angesehen wird, ablehnt und dem Angeschuldigten, den in der Vertheidigung gestellten Anträgen zuwider, die bleibende Ungewißheit auferlegt, ob ein specieller Verdacht gegen ihn begründet worden sei oder nicht. Die Richtigkeitsbeschwerde stellte sich daher gegen beide Verfügungen als gerechtfertigt dar. Auch konnte es dabei nicht in Betracht kommen, ob der Angeschuldigte, wenn seiner Bitte um einfache Freisprechung entsprochen werden sollte, dadurch vollständigen Schutz gegen eine künftige Wiederaufnahme der Untersuchung erreichen würde oder nicht; so daß die vom Obergericht in der Erklärung vom 19. April d. Js. hervorgehobene gemeinrechtliche Streitfrage über diesen Punkt auf sich beruhen bleiben darf. Die einfache Freisprechung gewährt, wie man auch jene Streitfrage entscheiden möge, dem Angeschuldigten in jedem Fall für die Gegenwart die günstigste Stellung; und schon deßhalb hat er, wenn gegen ihn weder Beweis noch specieller Verdacht begründet worden ist, ein Recht auf dieselbe, dessen Verfolgung ihm durch Zweifel über die künftigen Wirkungen nicht geschmälert werden könnte. Aber auch hinsichtlich einer späteren Wiederaufnahme der Untersuchung ist soviel außer Streit, daß die einfache Freisprechung einen stärkeren Schutz verleiht,

als Instanz-Entbindung oder Einstellung der Untersuchung; und das Obergericht erkennt dies selbst an, indem es sich nach seiner Erklärung eben dadurch bewogen gesehen hat, die Freisprechung zu vermeiden und statt dessen das Einstellen der Untersuchung zu wählen. Ist aber überhaupt ein Unterschied in den Wirkungen anzuerkennen, dann fehlt es dem Angeschuldigten auch nicht an dem rechtlichen Interesse zur Erhebung der Nichtigkeitsbeschwerde.

Uebrigens konnte dem Antrage des Angeschuldigten, mit der Aufhebung der beiden angefochtenen obergerichtlichen Verfügungen zugleich eine definitive Freisprechung zu verbinden, nicht stattgegeben werden, da es hierzu an der Competenz des Ober-Appellations-Gerichtes fehlen würde, und war daher das weitere Erkenntniß in der Sache selbst dem Obergerichte zu überlassen.

II. Durch die vorstehend motivirte Entscheidung findet die vom Angeschuldigten nur eventuell gegen das Erkenntniß vom 23. Januar d. Js. ergriffene einfache Beschwerde von selbst ihre Erledigung, so daß auf die Frage ihrer Statthaftigkeit und Begründung nicht eingegangen zu werden brauchte.

Hamburg. 77.

Ruben Schlöstein, zu Hamburg, Kläger, wider **Julie Schlöstein**, geb. **Heimann**, daselbst, Beklagte, Alimentenforderung betreffend.

Der Kläger war rechtskräftig verurtheilt, seiner von Tisch und Bett geschiedenen Ehefrau an jährlichen Alimenten Ct. ℔ 1000. zu zahlen, und es ward dabei beiden Theilen vorbehalten, im Wege der Klage Erhöhung oder Ermäßigung dieses Betrages zu beantragen. Schon sechs Monate nach dieser gerichtlichen Feststellung machte der Kläger von diesem Vorbehalt Gebrauch, indem er unter Bezugnahme auf seine

Vermögensverhältnisse im Allgemeinen und namentlich unter Berufung darauf, daß sich seine Einnahme erheblich verringert habe, darauf antrug, den Betrag seiner Alimentenzahlung auf Ct. ℔ 600., resp. Ct. ℔ 500. herabzusetzen. Von Seiten der Beklagten wurden die deßfallsigen Anführungen ihres geschiedenen Ehemannes im Einzelnen bestritten und darauf ist durch Präturerkenntniß vom 3. April 1869 die Klage zur Zeit abgewiesen.

Das Obergericht dagegen nahm an (im Erkenntniß vom 26. April des gedachten Jahres), daß der Kläger, wenn sein Einkommen während des letzten Jahres wirklich sich erheblich verändert haben sollte, berechtigt sei, eine Herabsetzung der von ihm zu zahlenden Alimente zu fordern und wies die Sache daher zur Abgabe einer weiteren Entscheidung über das deßfallsige Vorbringen der Parteien an die erste Instanz zurück.

Vom Ober-Appellations-Gericht ward jedoch das Präturerkenntniß unter dem 30. Sept. 1869 wiederhergestellt, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Es kommt darauf an, die Tragweite des verminderten Einkommens überhaupt einer Würdigung zu unterziehen. Hier ist nun zunächst soviel unzweifelhaft, daß nicht jede Verminderung des Einkommens eine Herabsetzung zuerkannter Alimente zur Folge haben darf, und es nicht gebilligt werden kann, deren Betrag wandelbar und von dem jeweiligen Einkommen abhängig zu machen. Denn dieses Einkommen ist zwar ein wichtiger Factor bei der Ausmessung der Alimente überhaupt. Allein keineswegs der einzige. Das Quantum der Alimente ist, wie das Ober-Appellations-Gericht bereits früher erkannt hat, abhängig von den gewöhnlichen Bedürfnissen einer Ehefrau, unter Berücksichtigung ihrer socialen Verhältnisse. Es ist daher kein rechtsbegründeter Einwand des Ehemannes, er habe kein Geschäft, oder, er sei nicht im Stande das Zuerkannte zu verdienen. Er muß es

zu erwerben suchen und die Frage, ob er zur Zahlung außer Stande ist, zeigt sich erst bei der Hülfsvollstreckung als bedeutungsvoll, nicht aber bei der Zubilligung des betreffenden Quantums. Daraus ergiebt sich aber, daß es unzulässig ist, einer jeden Veränderung des Einkommens Einfluß auf die Höhe der Alimente einzuräumen, und zwar um so mehr, als deren Betrag nach einem Durchschnitt ausgeworfen zu werden pflegt, und die nach der zugebilligten Höhe getroffene häusliche Einrichtung sich nicht in jedem Augenblick modificiren läßt. Namentlich aber wird bei einem Kaufmann der in einem Jahre hervorgetretene Verlust nicht benutzt werden dürfen zu einer sofortigen Abminderung, diese vielmehr erst bei anhaltendem Rückschritt der Geschäfte gerechtfertigt erscheinen.

Vergleicht man mit Vorstehendem die verschiedenen von dem Kläger über sein Einkommen gemachten Angaben, so stellt sich heraus, daß er im Jahre 1868 eine Einbuße von Ct. ℳ 500. gehabt haben will. Nun war aber bei einem Einkommen von Ct. ℳ 3000., von welchem noch mindestens Ct. ℳ 500. für Miethe des Geschäftslokals abgingen, durch gleichförmige Erkenntnisse der vorderen Instanzen der Alimentenbetrag auf Ct. ℳ 1000. fixirt. Hat sich aber sein Einkommen in einem Jahre um Ct. ℳ 500. vermindert, so ist ein derartiger Ausfall noch keinesweges geeignet, um ihn zur Geltendmachung des in dem Präturerkenntniß vom 22. Febr. 1868 ersichtlichen Vorbehaltes zuzulassen.

Völlig irrig ist es, wenn der Kläger in gegenwärtiger Instanz die Behauptung aufstellt, die Beurtheilung habe sich darauf zu beschränken, ob der in dem Präturerkenntniß vom 3. April d. Js. für die Unzweckmäßigkeit einer anderweiten Regulirung der Alimentenfrage aus der Nothwendigkeit, dieselbe in dem Entscheidungsproceß definitiv zu entscheiden, entnommene Grund den Rechten entspreche. Denn wenngleich dem Obergericht beigepflichtet werden muß, daß dieser Grund keine juristische Bedeutung habe, so läßt sich doch nicht verkennen, daß es thatsächlich von Erheblichkeit ist, wie bald eine neue Ordnung der Verhältnisse bevorsteht. Vergleicht

man aber die Angaben der Parteien über das Stadium, in welchem sich der Scheidungsproceß befindet, so konnte auch aus diesem Grunde es nicht für zweckmäßig erachtet werden, dem von dem Kläger erhobenen Proceß einen weiteren Fortgang zu gestatten.

---

78. Bremen.

August Korff zu Bremen, Kläger, wider **Metz & Böge** daselbst, Beklagte, Kauf von Petroleum betreffend. App. II.

(Vgl. Jahrgang 1867 № 69 u. 84. 1868 № 30.)

Das Handelsgericht hatte am 9. Juli 1868 erkannt, daß Beklagte zu beweisen hätten:

1) daß sie den Kläger in dem Zeitraum vom 18. Novb. bis 2. Decbr. 1865, und an welchem oder vor welchem Tage während dieses Zeitraums oder an welchem andern Tage während des Monats December 1865 aufgefordert hätten, das ihnen verkaufte hier fragliche Gut zu liefern

und daß der marktgängige oder doch angemessene Preis für das hier in Rede stehende Salonöl an dem zufolge vorstehender Beweiscopula näher darzulegenden Tage ein höherer oder wie viel höherer als der Einkaufspreis von 11½ ℳ per 100 ℔, Ziel drei Monat, gewesen sei;

2) daß sie die hier in Rede stehenden 74 Barrel Salonöl mit 1 ℳ per 100 ℔ Nutzen an Marbes am 2. Decbr. 1865 zu liefern verkauft gehabt hätten und sie bei rechtzeitiger Lieferung Seitens des Klägers aus diesem Geschäfte mit Marbes einen Gewinn von 183 ℳ 48 gr. gemacht haben würden, das Geschäft aber wegen nicht rechtzeitiger Lieferung der 74 Barrel Salonöl abseiten des Klägers rückgängig gemacht worden sei;

wogegen dem Kläger nicht nur überall der Gegenbeweis vorbehalten, sondern auch der in demselben Termin anzutretende Beweis freigelassen bleibe:

a) entweder, daß er an jedem Tage des Monats December 1865 vom 2. Decbr. an, oder aber doch vor dem 15. Decbr. 1865 die Beklagten zur Abnahme der hier fraglichen 74 Barrel Salonöl aufgefordert habe,

oder

b) daß das von ihm fabricirte hier fragliche Salonöl in größeren Behältern auf seiner Fabrik lagere und es regelmäßig erst dann auf Fässer gefüllt werde, wenn es in Empfang genommen werden solle und dieserhalb von dem Empfänger Bescheid gesagt sei, es auch regelmäßig von dem Empfänger von der Fabrik abgeholt werde, und ein solches Verfahren auch in Betreff der hier fraglichen 74 Barrel Salonöl in der Absicht der Partcien gelegen habe oder doch bei den früheren Verkäufen in der Regel so von ihnen verfahren sei, Beklagte es aber unterlassen hätten, ihm eine Zeit zu bestimmen, zu welcher sie das hier fragliche Oel von der Fabrik abholen lassen wollten,

wogegen es den Beklagten unbenommen bleibe, ihren Gegenbeweis auch dahin zu richten:

daß sie dem Kläger erklärt hätten, sie wollten das hier in Rede stehende Oel am 2. Decbr. 1865 empfangen.

Das Obergericht erkannte dagegen am 12. Nov. 1868

1) daß Beklagte zu verurtheilen seien, dem Kläger schon jetzt auf die Klagforderung ferner den Betrag von 275 ℳ 54 gr. nebst Zinsen zu 6 % seit dem 14. August 1866 zu bezahlen,

2) daß Beklagte zu beweisen hätten:

a) daß sie den Kläger durch eine Aufforderung, ihnen das verkaufte hier fragliche Salonöl am 2. Decbr. zu liefern, in Verzug gebracht hätten;

b) daß sie das hier fragliche Oel mit einem Reingewinn von 1 ℳ per Ctr. oder wie viel weniger an Marbes, zu liefern am 2. Decbr. 1865, verkauft gehabt, dieses Geschäft aber wegen Nichtlieferung rückgängig geworden sei,

oder doch, daß am 2. Decbr. 1865 das fragliche Oel so hoch im Preise gestanden habe, daß Beklagte es mit einem Reingewinn von 1 ℛ per Ctr. oder wie viel weniger, damals hätten verkaufen können, wenn sie im Besitz desselben gewesen wären;

3) daß dem Kläger der Gegenbeweis und bei demselben, insofern es darauf ankommen sollte, eine Berufung auf den von ihm behaupteten und darzuthuenden Geschäftsgang unbenommen bleibe.

Dies Erkenntniß ward auf Berufung der Beklagten vom Ober-Appellations-Gericht unter dem 30. September 1869 bestätigt aus den folgenden

Entscheidunsgründen.

Die Beklagten verlangen in gegenwärtiger Instanz ohne Beifügung einer besonderen Rechtfertigung die Herstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses, also:

1) die Aufhebung der sofortigen Verurtheilung in den Betrag von 275 ℛ 54 gr. nebst Verzugszinsen zu 6 % seit dem 14. August 1866.

Die Forderung des Klägers für 74 Barrel = 18137 ℔ ist rechtskräftig auf 877 ℛ 48 gr. fixirt. Da nun die Beklagten hievon im Wege der Compensation wegen Lieferungsverzugs gekürzt verlangten

a) an positivem Schaden	642 ℛ	36 gr.
b) an entgangenem Gewinn . . .	183 „	48 „
	826 ℛ	12 gr.

so wurden die Beklagten bereits am 18. März 1867 in die Bezahlung der liquiden Differenz

877 ℛ	48 gr.
826 „	12 „

also in 51 ℛ 36 gr. verurtheilt. Allein die Verurtheilung hätte bedeutender sein müssen. Die Beklagten haben sich ihrer eignen Erklärung bei der Vernehmlassung am 15. Febr. 1866 zufolge Ende December 1865 mündlich von dem Geschäfte losgesagt. Wenn sie daher im Widerspruch damit bei

der Verhandlung vom 18. Juni 1868 angeben, erst am 13. Januar 1866 hätten sie zuerst erklärt, daß sie sich von dem Geschäfte lossagten, so verdient diese spätere Angabe, da es unzulässig ist, ohne weitere Begründung das in erster Instanz bei der Vernehmlassung geltend gemachte Vertheidigungsmaterial willkürlich zu verändern, keine Berücksichtigung. Aus der ersten Angabe folgt, daß seit Ende December von einem Verzug des Klägers nicht weiter die Rede sein kann. Nun ist aber der Betrag von 642 ℳ 36 gr. in der Weise berechnet, daß ein Sinken der Preise um 3½ ℳ für 100 ℔ zum Grunde gelegt ward. Die eigenen Angaben der Beklagten aber führen darauf hin, daß jener Satz nur aus einer Vergleichung der Preise vom November 1865 und Januar 1866 gewonnen, die Differenz dagegen zwischen den Preisen von Anfang November und Ende December 1865 höchstens 2 ℳ per 100 ℔ beträgt. Es müssen daher 1½ ℳ, welche für je 100 ℔ zu viel berechnet sind, schon jetzt als liquide angesehen und dem Kläger nebst Zinsen bezahlt werden; wobei es der endlichen Auseinandersetzung vorbehalten bleiben konnte, das Rechnungsverhältniß mit vollkommener Genauigkeit zu fixiren. Die einzige zweifelhafte Frage ist hier die, ob die erkannte Berichtigung auf Grund der weitergehenden und ganz anders motivirten Beschwerde des Klägers in voriger Instanz gerechtfertigt erscheint. Allein diese Frage war theils an sich zu bejahen, indem, wenn der Wortlaut der Beschwerde es gestattet, daß ihr theilweise entsprochen wird, die Begründung, welche eine Partei ihr beigefügt hat, nur dahin führt, den erkennenden Richter von einer Entscheidung abzuhalten, die mit der Begründung in Widerspruch stehen würde; theils ist die Bejahung im gegenwärtigen Fall um deswillen unbedenklich, weil die Beklagten gegen die Officialthätigkeit des Richters in gegenwärtiger Instanz keine besondere Einwendung erhoben haben.

Die Beklagten verlangen

2) auch eine Herstellung der in dem Handelsgerichts-Erkenntniß enthaltenen Beweisfassung. Allein ebenfalls mit Unrecht.

Denn

a) wenn es auch nicht in Abrede gestellt werden mag, daß Beweisnormirungen der Regel nach Thatsachen und nicht Rechtssätze zum Inhalt haben müssen, und es hiernach scheinen könnte, daß der von dem Handelsgericht in der ersten Copulative des Beweissatzes unter № 1 auferlegte Beweis mit geeigneten Berichtigungen vor der von dem Obergericht unter № 2 a) aufgestellten Normirung den Vorzug verdiene, so mußte doch in dem vorliegenden Fall bei der Unvollkommenheit der von den Beklagten beschafften Parition des obergerichtlichen Instructoriums vom 11. Mai 1867, aus den von dem Obergericht seinem derzeitigen Erkenntniß beigegebenen Gründen, es für unthunlich erachtet werden, den Beweissatz auf die Thatsachen, aus welchen der Verzug zu entnehmen wäre, zu richten. Daraus folgt aber von selbst, daß von dem Obergericht unter № 3 die Berücksichtigung des bei der Abnahme hergebrachten, von dem Handelsgericht unter № 2 b) näher fixirten Geschäftsgangs zum directen Gegenbeweis allgemein zu verstellen war.

Eben so entschieden verdient

b) die von dem Obergericht unter 2 b) aufgestellte Beweisalternative nach Form und Inhalt den Vorzug vor den Beweisen, welche von dem Handelsgericht in der zweiten Copulative von № 1 und unter № 2 festgestellt worden sind.

Wenn aber das Obergericht

c) in seinen Gründen mit Recht darauf hingewiesen hat, daß das Handelsgericht versehentlich eine Beweisauflage an die Beklagten über die Höhe des ihnen durch den Verzug des Klägers erwachsenen Schadens unterlassen habe, und daß hieran bei dem Mangel einer darauf von Seiten des Klägers in voriger Instanz gerichteten Beschwerde sich derzeit nichts ändern lasse, so ergiebt sich daraus von selbst, daß das Obergericht auch die Beweisauflage des Handelsgerichts unter 2 a), welche die Reinigung vom Verzug abseiten des Klägers diesem zum Beweise verstellt, in Wegfall bringen mußte; dieser ganze Punkt, betreffend die Höhe des positiven

Schadens, vielmehr in der Beweisinstanz nach derzeitiger Lage der Sache seine Erledigung zu finden hat. Uebrigens würde auch die Aufhebung eines dem Gegner verstatteten Beweises für die Appellanten kein Grund zur Beschwerdeführung sein.

Hamburg. 79.

Der **Fiscal und peinliche Ankläger** zu Hamburg, wider **Christian Matthias Vortmann** daselbst, Inquisiten und peinlich Angeklagten, wegen Verletzung seines Administrationseides u. w. d. a. nunmehr Recusation des Obergerichts betreffend.

Ein von dem peinlich Angeklagten angebrachtes Recusationsgesuch wider das Obergericht der Fr. Stadt Hamburg, ward von dem Ober-Appellations-Gericht durch Erkenntniß vom 30. September 1869 als unbegründet verworfen, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Bei der Beurtheilung des von dem peinlich Angeklagten wider das Obergericht gerichteten Recusationsantrags mußte mit dem Angeklagten nach wiederholten Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts davon ausgegangen werden, daß zu dessen Begründung es nicht darauf ankomme, die wirkliche Befangenheit des recusirten Gerichtes nachzuweisen, sondern nur soviel, daß vernünftige Gründe für die Annahme vorhanden sind, der Recusant habe eine derartige Befangenheit zu besorgen.

Diese Gründe findet der Recusant theils in der Entscheidung des Obergerichts in Sachen Custer Brunswig & Co. cur. bon. wider den jetzigen peinlich Angeklagten und den ihr beigefügten Gründen, theils in der Handlungsweise des Ober-

gerichts während der Dauer der nach Maßgabe jener Entscheidung eingeleiteten Untersuchung.

Nun läßt sich zwar, soviel das Erkenntniß des Obergerichts und dessen Gründe in der Civilsache anbelangt, nicht in Abrede stellen,

a) daß das Obergericht die Formen des Curatoren- und des Administratoren-Eides mit einander verwechselt und

b) daß es eine Official-Thätigkeit nach einer zwiefachen Richtung hin bei Gelegenheit dieser Aburtheilung entwickelt hat, welche von dem Ober-Appellations-Gericht beseitigt werden mußte.

Allein jenes erstere Versehen ist nicht von der Beschaffenheit, daß der Richter, welcher es begangen hat, um deßwillen für befangen gehalten werden könnte. Es ist ein Irrthum, anzunehmen, daß die gedachte Verwechselung der juristischen Auffassung der Sache eine entscheidende und zwar eine verkehrte Richtung gegeben habe. Ist auch der Curatoren-Eid, welchen das Obergericht in Bezug genommen hat, specieller als der Administratoren-Eid, so wird sich doch schwerlich behaupten lassen, daß dessen zu № 66 der Untersuchungs-Acten ersichtliche Form für die Beurtheilung der Handlungsweise des derzeit peinlich Angeschuldigten ein günstigeres Ergebniß gehabt haben würde. Der peinlich Angeklagte hat geschworen, daß er die ihm nach Maßgabe der Verordnung vom 2. Decbr. 1857 obliegenden Pflichten nach seinem besten Wissen und Gewissen als Administrator in dem obgedachten Debitwesen getreulich erfüllen, und sich überhaupt in jener Angelegenheit als rechtschaffener Mann verhalten wolle; und er hat unbestritten mit Personen, welche zwei Firmen bilden, eine in New-York und eine in Hamburg, ein Abkommen in ihrer Eigenschaft als Theilhaber der ersten Firma abgeschlossen, welches denselben Personen, als Theilhabern der zweiten Firma, also, da beide Geschäfte stockten, deren Gläubigern zum Nachtheil gereichte. Wie günstig man nun auch immer vom civilrechtlichen Standpunkte aus diesen Vertrag auffassen mag, klar ist jedenfalls so viel, daß er dem Obergericht auch

bei Zugrundelegung des Administratoren-Eides Anlaß zur Einleitung einer Untersuchung gegeben haben würde.

Anlangend aber das Bestreben des Obergerichts, durch Officialverfügungen dasjenige, was seiner Ansicht nach dem materiellen Recht entsprach, so schleunig als möglich zur Anerkennung zu bringen, so mag man darin ein noch so entschiedenes Ueberschreiten der einem Civilrichter zustehenden Befugnisse erblicken, man mag die Würdigung, welche diese Officialthätigkeit von Seiten des Ober-Appellations-Gerichts gefunden hat, für noch so gerechtfertigt halten — es ergiebt sich daraus doch weiter nichts, als, daß ein unrichtiges Verfahren des vorderen Richters in weiterer Instanz ebenso eine Abhülfe erfahren hat, wie dies bei andern größeren oder geringeren Versehen einzutreten pflegt. Eine derartige Abhülfe ist ja grade der Zweck, weßhalb eine Mehrzahl von Instanzen in dem Gerichtsorganismus Eingang gefunden hat; und wenn bei allen abändernden Entscheidungen der vorliegenden Art um deswillen eine Befangenheit des vorderen Richters in Bezug auf eine spätere Urtheilsfällung, betreffend die Person, welche früher ein ungünstiges Erkenntniß erhalten hat, angenommen werden mußte, so würden der Rechtsprechung überhaupt oft ungeeignete Hemmungen bereitet. Ueberdies ist es ein anerkannter Satz der Jurisprudenz, daß ungünstige Entscheidungen des Civilrichters ihn in einer mit der Civilsache in Verbindung stehenden Criminalsache noch keineswegs als verdächtig erscheinen lassen.

Nur dann also, wenn man schon den Umstand, daß der Civilrichter, welchem bei Ausübung seines Amtes der Verdacht eines Verbrechens entgegen tritt, die betreffende Anzeige Zwecks Einleitung einer Untersuchung gemacht hat, für geeignet erachtet, sein Urtheil als Criminalrichter zu verbitten, würde der vorliegenden Recusation entsprochen werden können. Ein derartiger Satz ist aber dem gemeinen deutschen und bisherigen hamburgischen Rechte fremd. Nach der früheren deutschen Gerichtsverfassung vereinigte der Richter sehr häufig eine Mehrheit von Functionen in seiner Person. Was er

in der einen Eigenschaft verfügt hat, ist für seine Befugniß in der anderen Eigenschaft zu verfügen, unpräjudiciell. Eine jede Verfügung ergeht unabhängig von der andern auf die für die betreffende Sache geeigneten Vorverhandlungen in den für sie vorgeschriebenen Formen. Eine Behinderung an sich auf Grund der Cumulation existirt überall nicht, wie sehr man auch immer vom Standpunkte des Gesetzgebers aus sich veranlaßt fühlen mag, bedenkliche Verbindungen der fraglichen Art abzuschaffen.

Auch ist durch jene Verweisung zur Einleitung einer Untersuchung nichts weniger als ausgesprochen, daß eine endliche Verurtheilung auf Grund derselben erfolgen werde. Das Criminal-Verfahren des gemeinen Rechts hat bekanntlich eine möglichst vollständige Erforschung der Wahrheit, eine Ermirung sämmtlicher Belastungs- und Entschuldigungs-Momente zur Aufgabe. Es kann daher sehr wohl vorkommen, daß Einwendungen, welche in dem Civilverfahren ausgeschlossen waren, oder sonst unberücksichtigt bleiben müßten, in dem Criminalverfahren zu voller Geltung gelangen; und umgekehrt, daß Momente, welche auf Grund gewisser Beweismittel in dem Civilverfahren Berücksichtigung fanden, in dem Criminalverfahren, dessen Theorie in Betreff der Beweismittel eine abweichende ist, unbeachtet bleiben müssen.

Auch läßt sich nicht etwa sagen, das Obergericht habe bei Rechtfertigung der provisorischen Vollstreckbarkeit seiner Erkenntnisse seine Vermischung des civilen und des criminalrechtlichen Standpunktes in den Entscheidungsgründen dadurch inducirt, daß es darauf hingewiesen, wie in dem Untersuchungsverfahren die Sequestration der Gelder werde verfügt werden müssen, wenn sie nicht schon im Civilverfahren erkannt werde. Allein wie man auch immer über die getroffene Maßregel im Civilverfahren und deren Begründung denken mag, materiell übte das Gericht jedenfalls eine Pflicht aus, wenn es für die Sicherstellung der Gelder sorgte, so lange die Frage von Schuld und Unschuld schwebte; und eine Befangenheit des Richters in Bezug auf deren endliche Beur-

theilung konnte aus der gedachten Aeußerung vernünftigerweise nicht abgeleitet werden.

So wenig aber wie das Verhalten des Obergerichts in der Civilproceßsache, also bis zur Veranlassung der Untersuchung, dem jetzigen peinlich Angeklagten gerechten Grund zur Recusation bietet, ebensowenig ist dieses der Fall mit dem Verhalten des Obergerichts im Laufe der Untersuchung. Die Gründe, welche vor dem Niedergericht als Momente für die Nichtigkeit des Verfahrens geltend gemacht worden sind, werden derzeit als Recusationsgründe benutzt. Allein die Würdigung, welche jene Gründe materiell abseiten des Niedergerichts gefunden haben, hätte den peinlich Angeklagten zu der Ueberzeugung führen können, daß dieselben nach Maßgabe des bestehenden Rechtes in jeder Beziehung ungeeignet sind, um mit Aussicht auf günstigen Erfolg verwendet zu werden.

Den ersten Punkt bilden hier die dem Obergericht beigemessenen Verschleifungen des Untersuchungsverfahrens; und zwar kommen in dieser Beziehung besonders zwei Vorwürfe in Betracht. Zunächst die Aussetzung des Verfahrens bis nach Eingang des Erkenntnisses letzter Instanz in der Civilproceßsache. Allein nichts war sachgemäßer als die gedachte Verfügung. Zwar ist es richtig, daß dem Ober-Appellations-Gerichte für Hamburg eine Cognition in Criminalsachen nach seiner Ordnung der Regel nach nicht zusteht, und eben so richtig ist es, daß Criminalsachen vorzugsweise beschleunigt werden sollen; und nicht minder endlich, daß die Aburtheilung besonders weitläuftiger und verwickelter Sachen bei dem Ober-Appellations-Gericht nicht selten einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt. Gleichwohl ließ sich nicht verkennen, daß bei dem engen Zusammenhang zwischen dem Stoff der Civilproceßsache und dem der Untersuchung für eine allseitige Würdigung auch der criminalistisch erheblichen Thatumstände, es äußerst wünschenswerth erscheinen mußte, die endliche Entscheidung in der Criminalsache bis zur Abgabe des Erkenntnisses des Ober-Appellations-Gerichts in der Civilsache

auszusetzen. Das Obergericht handelte daher vollkommen umsichtig bei der Verfügung der betreffenden Aussetzung weiteren Verfahrens, und wahrte zugleich die Rechte des jetzigen peinlich Angeschuldigten, indem es ihm weitere Anträge, nämlich Zwecks Fortschreitens im Criminal-Verfahren vorbehielt. Hätte der damalige Inquisit es also sachentsprechend befunden, die Untersuchung zu beendigen, so war es ihm unbenommen, irgend einen Antrag zu stellen, indem der unten weiter zu prüfende Einwand der Unkenntniß des Inquisiten über diese seine Eigenschaft unbegründet ist. Er mochte es aber selbst für geeignet ansehen, die Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts abzuwarten, und macht mithin dem Obergericht mit Unrecht einen Vorwurf daraus, daß es den Fortgang der Untersuchung sistirt hat.

Ebensowenig kann aber dem Obergericht daraus ein Vorwurf gemacht werden, daß es nach Beendigung des articulirten Verhörs mehrere Monate hindurch die Untersuchung ruhen ließ, und sodann mit einem umfassenden Instructorium Zwecks Fortsetzung des articulirten Verhörs hervortrat. Während des Laufs der Untersuchung hatte sich die Person des Inquirenten geändert. Wie nicht selten so war auch diese Veränderung für die allseitige Eruirung des Sachverhältnisses unvortheilhaft gewesen. Das Obergericht fühlte sich daher in die Nothwendigkeit versetzt, die Punkte genau hervorzuheben, welche einer Vervollständigung bedurften. Dazu war eine genaue Durchsicht der äußerst umfangreichen Acten erforderlich; und dafür, zumal unter Berücksichtigung sonstiger Geschäfte, durfte der verbrauchte Zeitraum nicht als zu lang bemessen erachtet werden. — Eine derartige Verzögerung der Untersuchung ist aber überhaupt weder Nichtigkeits- noch Recusations-Grund, sondern eignet sich nur zu einer Beschwerde bei der vorgesetzten Behörde, welche die betreffende Remedur eintreten lassen wird, wenn Grund dazu vorhanden ist.

Das eben gedachte Instructorium, wie nicht minder die erste bei Einleitung der Untersuchung von Seiten des Obergerichts ertheilte Instruction bilden aber einen ferneren Grund

für den jetzigen peinlich Angeklagten, aus welchem sich die Befangenheit des Obergerichts ergeben soll. Bei der Prüfung dieses Punktes ist selbstverständigerweise nicht von den legislativen Anschauungen auszugehen, welche von namhaften Rechtsgelehrten und Staatsmännern seit Beginn des gegenwärtigen Jahrhunderts Zwecks Anbahnung einer neuen Gesetzgebung, betreffend das Criminalproceßrecht, geltend gemacht, und derzeit fast überall in Deutschland practisches Recht geworden sind. Allein der Grundgedanke des gemeinen deutschen Criminalprocesses, wie er in Deutschland viele hundert Jahre bestanden hat, ist von jenen Anschauungen, welche neben der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlungen eine scharfe Trennung der Personen des Anklägers und des Richters zur Grundlage haben, wesentlich verschieden. Der gemeine deutsche Criminalproceß faßt den Richter als einen unparteiischen Dritten auf, mit dem Bestreben, den Thatbestand nach allen Richtungen hin möglichst klar zu stellen, und hierauf in Betreff desselben die den Rechten entsprechende Entscheidung zu fällen. Es widerspricht daher den Grundsätzen des gemeinen deutschen Criminalrechts nicht, wenn der Richter oder ein Mitglied des Gerichtes die Untersuchung führt, und zugleich in dem Richtercollegium der Referent in der betreffenden Criminalsache ist. Theils die Nothwendigkeit einer Theilung der Arbeit, theils die Ueberzeugung, daß gedachtes Richterideal in der Wirklichkeit nicht selten getrübt werde, haben an verschiedenen Orten zu der Einrichtung geführt, wenigstens die Personen des untersuchenden und des erkennenden Richters der Regel nach von einander zu trennen, und Letzterem die Oberleitung der Untersuchung in der Weise anzuvertrauen, daß der untersuchende Richter an die Instructorien des erkennenden Richters gebunden wird. Welcher Umfang solchen Instructorien zu geben ist, das hängt lediglich von dem Ermessen des Letzteren ab, sie werden je nach Schwierigkeit und Umfänglichkeit des einzelnen Falles sehr ausführlich sein müssen, oder sich auf ein Minimum beschränken können. Nach diesen Grundsätzen sind bis zu Ende

der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts die Criminalprocesse instruirt, und in Hamburg bestehen die betreffenden Grundsätze, wovon sich der peinlich Angeklagte bereits durch die Bemerkungen in den Gründen zum Urtheil des Niedergerichts belehren lassen konnte, bis vor wenigen Monaten. Es ist daher ein nicht zu beachtender Irrthum desselben, wenn er dem Obergerichte auf Grund der fraglichen Instructorien es zum Vorwurf macht, die Untersuchung selbst geführt zu haben. Denn es war dazu, d. h. zur Instruirung des Criminalactuars in Betreff der seiner, des Obergerichts, Ansicht nach, Zwecks endlicher Entscheidung erheblichen in criminalistische Gewißheit zu setzenden Punkte ebenso berechtigt wie verpflichtet. Hiernach ist es denn ohne Weiteres klar, daß diese Instructorien, so wenig auch der peinlich Angeklagte mit deren Inhalt einverstanden sein mag, überall nicht benutzt werden können, um eine Recusation des Richters darauf zu gründen. Noch weniger aber ist zu begreifen, wie der in Veranlassung des letzten Instructoriums von dem Criminalactuar bei der Fortsetzung des articulirten Verhörs dem peinlich Angeklagten gemachte Vorhalt zu einem gleichen Zwecke geeignet erscheinen kann.

Der letzte Vorwurf, welcher von den peinlich Angeklagten dem Obergerichte gemacht wird, besteht in seinem Verhalten während des Laufes der Untersuchung. Es soll dadurch, daß es bei Gestattung der Acteneinsicht, zum Zweck der Erklärung, ob sich der Inquisit der Aburtheilung des Obergerichts unterworfen oder auf fiscalischen Proceß provociren wolle, das bei Beginn der Untersuchung dem Polizeiherrn mitgetheilte Instructorium von den Acten entfernen ließ, seine dem Inquisiten ungünstige Gesinnung an den Tag gelegt haben. Allein abgesehen davon, daß diese Beschwerde sofort auf Antrag des Inquisiten gehoben worden ist, so hatte derselbe nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Criminalprocesses im Laufe der Untersuchung kein Recht auf vollständige Einsicht der Untersuchungsacten. Ein solches Recht ist erst dann vorhanden, wenn die Untersuchung geschlossen ist, und

die Vertheidigung verlangt wird. Außerdem aber wird es dem Obergerichte zum Vorwurf gemacht, daß es die Anfrage des jetzigen peinlich Angeklagten, ob er Subject der Untersuchung sei, durch die Bezugnahme auf die in der Civilsache ergangenen Erkenntnisse des Obergerichts und des Ober-Appellations-Gerichts beantwortet habe. Sehr mit Unrecht. Denn die Bemerkung, daß ihm bereits vor dem Beginn der Untersuchung wie im Laufe derselben durch jene Erkenntnisse deutlich geworden sein müsse, daß diese sich auch gegen ihn gerichtet habe, ist dem Sachverhalt völlig entsprechend. Ein äußerlich hervortretender Abschnitt, daß sich die Untersuchung nunmehr gegen eine bestimmte Person richte, existirt in dem gemeinen deutschen Criminalrecht ebensowenig, wie aus dessen Grundgedanken die Nothwendigkeit sich ergeben würde, die Verbrechen, welche in der Handlungsweise des Inquisiten gefunden werden, ihm bestimmt namhaft zu machen. Und wenn die Firma Vortmann & Co. in Untersuchung gezogen wird, so sind dies, wie bereits das Niedergericht in seinen Gründen hervorgehoben hat, die Personen, welche jene Firma bilden, also der jetzige peinlich Angeklagte und sein früherer Compagnon.

Diesem Allen zufolge mußte die Frage, ob Recusant gerechten Grund habe, der Aburtheilung der Criminalsache von Seiten des Obergerichts zu mißtrauen, verneint werden.

Hamburg. 80.

Dresdener Feuerversicherungs-Gesellschaft, Klägerin, wider **W. Schernikau,** Beklagten, Forderung jetzt Restitution betreffend.

Durch Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 2. October 1869 wurde die Klägerin gegen den im Decrete vom 21. Juli ausgesprochenen Ausschluß mit ihrer Appellationsrechtfertigung in den vorigen Stand versetzt und dies darauf

gegründet, daß aus den von der Klägerin in dem Restitutionsantrage über die Nichteinhaltung der abgelaufenen Rechtfertigungsfrist gemachten Angaben und aus der Unterzeichnung jenes Antrages seitens des Procurators N., welche Angaben überdies von dem Beklagten nunmehr als richtig anerkannt worden, zur Genüge hervorgehe, daß jene Fristversäumung nur in einem Verschulden des Procurator N. ihren Grund habe, ohne daß der, überdies fern vom Proceßorte domicilirenden, Klägerin irgend eine Theilnahme hieran beigemessen werden könne; daß demzufolge nach § 160 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung eine justa causa restitutionis gegen das den Ausschluß der Rechtfertigungsschrift aussprechende Decret vorhanden sei, auch eine Läsion der Klägerin in dem ihr versagten Gehör vorliege, zugleich auch die formellen Voraussetzungen der Restitution durch deren rechtzeitige Anbringung und Beifügung der Rechtfertigungsschrift (§§ 157, 158 O.-A.-G.-O.) erfüllt worden seien.

---

81. Bremen.

In Strafsachen wider Schriever Ehefrau aus Bremen, wegen falschen eidlichen Zeugnisses.

In dieser Sache ward durch Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 5. October 1869 die von der Angeklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde

in Erwägung:

daß in der Schwurgerichts-Sitzung vom 23. Juni 1869, nachdem die Verhandlung von 10 Uhr Morgens bis 11 Uhr Abends gedauert, durch einen, nach stattgehabter geheimer Berathung gefaßten Beschluß des Gerichtes die Fortsetzung der Sitzung am 24. Juni Nachmittags 4 Uhr verordnet worden ist, und hiedurch die vorhergehende ihrem Inhalt nach gleichlautende Präsidialverfügung dergestalt aufgehoben ward, daß es für die rechtliche Beurtheilung nunmehr ledig-

lich auf die der Verfügung des Gerichts, und nicht auf die der Verfügung des Vorsitzers beigegebene Begründung ankommt; in dieser Beziehung aber die Nothwendigkeit einer Unterbrechung der Sitzung durch deren Dauer und die hiedurch bei allen Theilen eingetretene Ermüdung, die Festsetzung der Sitzungszeit an dem folgenden Tage durch Bezugnahme auf das richterliche Ermessen motivirt wird; nun aber es sich in dem vorliegenden Fall nicht sowohl um eine Unterbrechung der Verhandlung handelt, welche nach § 416 der Straf-Proceß-Ordnung der Bestimmung des Vorsitzers anheimfällt, als vielmehr um eine Vertagung der Verhandlung, deren Verordnung nach § 420 von dem Gericht aus wichtigen, in dem Beschluß anzuführenden Gründen ausgehen muß; dieser letzteren Vorschrift aber in aller Maaße genügt worden ist, indem es an einer Anführung eines solchen Grundes nicht fehlt, der Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Verhandlung am folgenden Tage aber der Natur der Sache nach dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt sein muß, ohne daß die Vorschrift des § 416 hiefür von Bedeutung wäre, wie denn auch eine nach dieser Richtung hin beschränkende Vorschrift weder in Bremen noch sonst sich findet, und nur soviel in § 529 und anderen neueren Straf-Proceß-Ordnungen vorgesehen ist, daß, wenn die Vertagung den Zeitraum von drei Tagen überschreitet, eine Wiederholung der gesammten Verhandlung stattfinden soll, eine Ueberschreitung des Zeitmaaßes aber bei der bereits am folgenden Tage fortgesetzten Sitzung nicht vorliegt;

mithin eine Nichtigkeit des Verfahrens nach § 6 der Verordnung vom 30. September 1865 überall nicht vorhanden ist; wie denn auch die Jurisprudenz zu Code d'instr. crim. art. 353, dem Vorbild der betreffenden deutschen Gesetzgebungen,

vgl. Codes annotés de Sirey par Gilbert 1854 p. 213 § 2 № 24 suiv.,

sich gegen das Vorhandensein einer Nichtigkeit in Fällen der vorliegenden Art erklärt hat;

als unbegründet verworfen.

82. Hamburg.

B. und H. Tanner & F. Schieß zu Herisau, Kläger, wider **C. Muhle** zu Hamburg, Beklagten, wegen Forderung, App. II.

Es ist für diese Sache zunächst auf Bd. IV. 1868 Nr. 7 dieser Sammlung zu verweisen. Es handelt sich jetzt um dasjenige Klagfundament, welches bei der App. I der weiteren Instruction anheimgestellt ward. Es besteht in der Behauptung der Kläger, Muhle, der Beklagte, habe die über die Waare in Blanco gezeichneten Connossemente nicht an Muhle Kitzitaff & Comp. in Rio eingesandt, sondern dazu benutzt, die Waare der Kläger sich anzueignen. Das Obergericht hat in den Gründen zum Erkenntniß vom 22. März 1869 angenommen, daß, wenn die Connossemente nicht an Muhle Kitzitaff & Comp. eingesandt worden, eine anderweitige Einsendung dieser Connossemente, falls nicht Beklagter zu derselben durch eine Weisung jener Firma beauftragt worden, zu der Annahme berechtige, daß diese anderweitige Einsendung durch beklagtische Besorgnisse in Betreff der Solvenz der Muhle & Kitzitaff motivirt worden, und demnach einen den Beklagten verantwortlich machenden Dolus den Klägern gegenüber involvire. Der Beklagte habe nunmehr die Einsendung der Connossemente an Theodor Muhle, also nicht an Muhle Kitzitaff & Comp. eingeräumt, ohne zu behaupten, zu dieser Einsendung von Muhle Kitzitaff & Comp. beauftragt gewesen zu sein. Es sei demnach dem Handelsgerichte darin beizutreten, daß diese Verfügung einer Einsendung an die Firma nicht gleichstehe, nicht aber auch darin, daß die Kläger dennoch mit dem Beweise zu bebürden seien, daß die Waare nicht alsbald nach ihrer Ankunft zur Disposition der Administratoren von

Muhle Kitzitaff gelangte. Es liege vielmehr dem Beklagten ob, den Beweis seiner Behauptung zu erbringen, daß seine, den Umständen des vorliegenden Falles nach auch den Klägern gegenüber widerrechtliche, von ihm zu verantwortende Handlung ohne nachtheiligen Erfolg für die Kläger geblieben sei, die Waare vielmehr dasselbe Geschick erlitten habe, welches sie bei pflichtmäßiger Einsendung der Connossemente an Muhle Kitzitaff & Comp. erlitten haben würde. Hienach wurde in Berücksichtigung klägerischer Beschwerdeführung das handelsgerichtliche Erkenntniß dahin abgeändert, daß den Klägern die Beweislast in Betreff des Verbleibs der Waare abgenommen, dagegen dem Beklagten der Beweis seiner Schutzrede auferlegt wurde:

„daß die fragliche Waare nach ihrer Ankunft in Rio alsbald zur Disposition der Administratoren von Muhle Kitzitaff & Comp. gelangt sei."

Dies Erkenntniß ward durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 12. October 1869 bestätigt. Aus den Entscheidungsgründen ist nur Folgendes hervorzuheben:

Die Differenz der beiden vorigen Erkenntnisse beruht nicht, wie Beklagter andeutet, auf einer verschiedenen Beurtheilung des Klaggrundes. Es ist offenbar nicht die Meinung des Obergerichts, daß der dolus des Beklagten auch, wenn er keinen die Kläger benachtheiligenden Erfolg gehabt haben sollte, denselben zum Schadensersatze verpflichte. Dasselbe betrachtet vielmehr diesen Erfolg, ganz ebenso wie das Handelsgericht, als eine nothwendige materielle Voraussetzung des Entschädigungsanspruchs der Kläger, und weicht nur darin von jenem ab, daß es, nach Lage der Sache, den besonderen Nachweis dieses Erfolgs abseiten der Kläger nicht mehr für erforderlich erachtet, auf denselben vielmehr aus den constatirten Thatsachen einen Schluß zieht, den Beklagter durch einen seinseitigen Beweis zu zerstören habe. Wenn dieser Beweis als der Beweis einer Schutzrede des Beklagten bezeichnet wird, so ist dies, nach der processualischen Gestalt, die derselbe annimmt, vollkommen richtig und zutreffend. Es

bleibt aber, der Sache nach, ein Gegenbeweis, lediglich dazu bestimmt, die Unwahrheit einer bis auf Weiteres als wahr angenommenen Behauptung der Kläger darzuthun,

vgl. Kierulff, Samml. II. p. 39.

Die Frage, ob diese Ansicht des Obergerichts oder ob die Ansicht des Handelsgerichts, welches von den Klägern noch den speciellen Nachweis jenes Erfolges gefordert hat, die richtige sei, ist von der Frage, auf welche Thatsachen es für den Obsieg der Kläger allein noch ankomme, vollkommen trennbar. Ueber die letztere liegt volle Uebereinstimmung der vorigen Gerichte vor, indem das Beweisthema — abgesehen von der durch die verschiedene Vertheilung der Beweislast bedingten positiven, resp. negativen Fassung — in beiden Instanzen wörtlich gleichlautend festgestellt worden ist. Eine Beschwerde, welche die Abänderung, resp. Erweiterung dieses Beweisthemas anstrebt, muß also für unzulässig erachtet werden.

Die erste Eventualbeschwerde ist auf Wiederherstellung des Handelsgerichts-Erkenntnisses, also Zuweisung der Beweislast hinsichtlich des fraglichen Punktes an die Kläger, gerichtet und unzweifelhaft zulässig. Sie stellt sich aber als unbegründet dar, indem der Ansicht des Obergerichts beigepflichtet werden muß, daß die bereits feststehenden Thatsachen einen Schluß auf den vom Handelsgericht für noch des Beweises bedürftig erachteten Punkt in dem Maße zulassen, daß nur noch dem Beklagten ein Beweis zur Zerstörung dieser Schlußfolgerung nachgelassen werden kann.

Als thatsächlich feststehend ist durch conforme Entscheidungen anerkannt nicht allein, daß Beklagter eigenmächtig (d. h. nicht im Auftrage von Muhle Kitzitaff & Comp.) die Connossemente über die fragliche Waare an Ordre stellen ließ und dieselben nicht an jenes Haus, sondern an seinen Bruder Th. Muhle eingesandt hat, sondern auch, daß dieser Handlungsweise ein gegen die Kläger gerichteter dolus zu Grunde lag. Das Obergericht hat sich über diesen Punkt in den Entscheidungsgründen zu seinen Erkenntnissen vom 13. März

1867 und 22. März 1869 in der unzweideutigsten Weise ausgesprochen. Daß aber auch das Handelsgericht ihn in gleicher Weise beurtheilt hat, ergiebt sich daraus, daß dasselbe als zum zweiten Theile des Klaggrundes gehörig zwar zwei Punkte bezeichnet: a) die schadenbringende Wirkung der Handlungsweise des Beklagten und b) dessen Bewußtsein von derselben; daß es aber diesen letzteren Punkt für keines Beweises mehr bedürftig erklärt, weil jenes Bewußtsein „sich von selbst aus der beorderten Art der Absendung des Connossements ergiebt." Es ist also nicht die Meinung des Handelsgerichts, daß erst noch der Eintritt des schädlichen Erfolgs erwiesen werden müsse, um daraus einen Rückschluß auf das Bewußtsein des Beklagten zu machen, sondern letzteres wird schon daraus gefolgert, daß Beklagter die Connossemente nicht — wie es die Ordnung des Geschäftsganges mit sich brachte — an die Käufer der fraglichen Waare, Muhle Kitzitaff & Comp., sondern an Th. Muhle senden ließ. Jenes Bewußtsein eines den Klägern nachtheiligen Erfolgs seiner Handlungsweise ist aber nichts Anderes als der dem Beklagten vom Obergerichte zum Vorwurf gemachte dolus.

Es kann dahin gestellt bleiben, ob zum Beweise, daß die Waare nicht an Muhle Kitzitaff & Comp. gelangt sei, nicht bis auf Weiteres schon die Constatirung der Thatsache genügen würde, daß die Connossemente, die das Mittel zur Empfangnahme der Waare boten, nicht an jenes Haus, sondern an einen Dritten — denn als solcher ist, nach den auch in diesem Punkte conformen ausdrücklichen Aussprüchen der vorigen Gerichte, Th. Muhle zu betrachten — eingesandt worden sind. Jedenfalls schwindet jedes Bedenken, wenn man den, wie vorbemerkt, ebenfalls rechtskräftig festgestellten Punkt hinzunimmt, daß die Einsendung an Th. Muhle gerade zu dem Zwecke oder doch mit dem Bewußtsein stattfand, daß dadurch das Gelangen der Waare an Muhle Kitzitaff & Comp. verhindert werde. Die Art und Weise der bewirkten Absendung mußte im natürlichen Laufe der Dinge zu diesem in der Absicht des Beklagten liegenden Erfolge

führen, und es kann des Beweises, daß dieser Erfolg auch wirklich eingetreten, nicht mehr bedürfen, sondern nur noch dem Beklagten der Beweis nachgelassen werden, daß gegen seine Absicht, also für ihn durch einen Zufall, ein entgegengesetzter Erfolg eingetreten sei.

---

83. Bremen.

Ch. Sophie Soellig zu Bremen, Klägerin, wider ihren Ehemann C. A. F. E. Soellig daselbst, Beklagten, wegen Scheidung von Tisch und Bett.

Das Obergericht hatte den Antrag auf Scheidung verworfen, die Parteien für die Dauer von fünf Jahren von Tisch und Bett getrennt, die Kinder während der Trennung der Frau überwiesen und den Beklagten schuldig erkannt, der Klägerin für sich und ihre Kinder drei Thaler wöchentlich an Alimenten zu zahlen. In der Revisionsinstanz ward dies, nur unter Herabsetzung der Alimente auf zwei und einen halben Thaler wöchentlich, bestätigt. Auch das Ober-Appellations-Gericht hat dies durch Erkenntniß vom 16. October 1869 bestätigt.

Entscheidungsgründe.

Eine abermalige Trennung von Tisch und Bett wird durch folgende Momente gerechtfertigt.

Der im September 1865 an den Dr. Noltenius aus New-York gerichtete Brief, in welchem er sich mit der gänzlichen Scheidung einverstanden erklärt, beweist jedenfalls soviel, daß nach Ablauf der zuerst erkannten Trennung von zwei Jahren die eheliche Gesinnung bei dem Beklagten nicht wieder eingetreten war, und dieses Ergebniß wird durch die von dem

Beklagten anerkannten Briefe an dessen Kinder zu voller Evidenz erhoben. Es fragt sich daher, ob irgend welche Gründe vorhanden sind, welche auf eine Veränderung der Gesinnung schließen lassen. Dies ist jedoch keineswegs der Fall, indem der Beklagte bei seiner zu verschiedenen Zeiten stattgehabten Anwesenheit in Bremen um seine Frau sich so wenig bekümmert hat, daß ihm deren zeitige Wohnung nicht einmal bekannt ist; und das einzige Mal, wo er deren Wohnung betreten, seiner eigenen Mittheilung zufolge, der Streit sofort von Neuem begonnen und es zu Thätlichkeiten wider seine Tochter gekommen ist, man mag deren Grund dieser oder dem Beklagten beimessen. Auch hat der Beklagte seine Gesinnung wider die Klägerin dadurch sattsam bekundet, daß er derselben, ihres hülflosen Zustandes ungeachtet, nicht die mindeste Unterstützung zu Theil werden ließ, seine, der eigenen Angabe nach, mäßigen Gaben vielmehr nur auf den Sohn verwendete. Der Beklagte ist ferner nicht gewillt, mit der Klägerin in Bremen das Familienleben fortzusetzen; er bietet seiner Frau lediglich einen erst zu gründenden Wohnsitz in New-York an, und erscheint dieselbe um so weniger verpflichtet, sich auf jene ungewisse Zukunft einzulassen, als sie kränklich ist und der Mann noch Ende 1868 ausdrücklich eingestanden hat, daß er nicht im Stande sei, sich mit seiner Frau zu vertragen.

Bei diesem Ergebniß kann von Beweisauflagen, die sich lediglich auf den Vorgang vom Jahre 1866 beziehen könnten, ebenso abgesehen werden, wie es mit der Praxis in Bremen unvereinbar sein würde, wenn man in einem Falle der vorliegenden Art die zweite Trennung von Tisch und Bett auf ein Jahr beschränken und von dem bei einer zweiten Trennung herkömmlichen Maaß abweichen wollte.

Anlangend sodann die mittelst der dritten Beschwerde gerügte Trennung des Beklagten von seinen Kindern, und dessen Verlangen, daß mindestens der Knabe ihm zur Erziehung überlassen werde, so ergiebt sich deren Verwerflichkeit, wie von dem Ober-Appellations-Gericht wiederholt erkannt

worden, aus dem Gesichtspunkt, daß bei derartigen Richterverfügungen nicht der Standpunkt der väterlichen Gewalt allein, sondern daneben und vornehmlich die Rücksicht auf das Wohl der Kinder den entscheidenden Maßstab abzugeben hat. Daß nun bei dem Leben des Vaters auf Dampfschiffen in verschiedenen Functionen für die bereits herangewachsene Tochter der Aufenthalt bei der Mutter, zu deren Stütze sie dient, der allein zweckmäßige ist, bedarf gar keiner Erörterung. Allein auch in Betreff des Knaben, welcher den Schul- und bald den Religionsunterricht zu genießen hat, kann es nicht zweifelhaft sein, daß das Schiffsleben seiner Ausbildung für die Zukunft überall nicht förderlich erachtet werden kann.

Wenn aber der Beklagte mittelst seiner vierten Beschwerde als höchstes Maß der Alimente den Betrag von 2 Thaler wöchentlich bezeichnet hat, so übersieht er, daß selbst in den Lebensverhältnissen, welchen seine Frau und seine Kinder angehören, mit dieser Summe sich nicht leben läßt, und daß es die Pflicht eines Familienvaters ist, für den Unterhalt der Seinigen die gehörigen Subsistenzmittel zu schaffen. Es mußte daher die von dem Obergericht schließlich determinirte Summe von 2½ Thaler lediglich bestätigt werden. Denn, wenn auch mit Recht darauf hingewiesen wird, daß die Tochter bereits im Stande sei, sich selbst Subsistenzmittel zu verschaffen, so kann doch nicht unberücksichtigt bleiben, daß nichts darauf hinweist, die Mutter sei in der Lage, bei ihrem Gesundheitszustande und in ihren Jahren für den eigenen Unterhalt irgendwie thätig zu sein, und daß das Gleiche von dem Knaben gilt. Nun verdient aber der Beklagte, seiner eigenen Angabe zufolge, auf dem Dampfschiff, offenbar bei freier Station, wöchentlich 14 Thaler, und erscheint demnach so pflichtig wie befähigt, jedenfalls unter Berücksichtigung der durch die väterliche Erbschaft vermehrten Subsistenzmittel, seiner Familie die zugebilligte Summe zufließen zu lassen.

Hamburg. 84.

Dr. **H. Emil Fischer** zu Hamburg, Kläger, wider **Jacob Jacobson** daselbst, als Agenten der Versicherungsgesellschaft Providentia in Frankfurt a./M., Beklagten, Forderung aus einer Lebensversicherung betreffend.

---

1) Auslegung und Anwendung der in den Bedingungen eines Lebensversicherungsvertrags enthaltenen Bestimmung, daß alle Ansprüche an die Versicherungsgesellschaft bei Vermeidung des Verlustes binnen einer Frist von 2 Jahren von der Fälligkeit an erhoben und wenn dieselben zurückgewiesen wurden, von da an binnen 3 Monaten im Rechtswege verfolgt werden müssen.

2) Bedingungen, welche in eine auf den Inhaber gestellte Schuldurkunde aufgenommen wurden, sind ohne Weiteres für jeden bindend, welcher als Inhaber die Forderung geltend macht.

3) Eine vertragsmäßige Abkürzung des gesetzlichen Zeitraums der Klagenverjährung ist zulässig.

4) Hat Jemand einer Vermögensmasse gegenüber, welche von mehreren Curatoren vertreten wird, eine einseitige Erklärung abzugeben, so genügt es, wenn dieselbe einem der Curatoren, welcher die Verwaltung führt, zugestellt wird.

Rechtsfall. Mittelst einer auf den Inhaber gestellten Police ließ im Januar 1866 die Wittwe Johanne Sophie Meyer, 33 Jahre alt, ihr Leben bei der Providentia in Frankfurt a./M. zu 3000 ℱ versichern. Sie starb bereits am 9. September desselben Jahres, nach dem Bericht des sie behandelnden Arztes an der Cholera. Ihr Nachlaß, unter

Obhut des Zehntenamts als Erbschaftsbehörde gestellt, zeigte sich insolvent, die Erben traten ihn cum beneficio inventarii an und zu Administratoren desselben wurden Dr. Banks und Dr. Oppenheimer bestellt. Die Providentia war damals in Hamburg durch Bauer & Franck vertreten. Nachdem diese sowohl dem Zehntenamt als dem Dr. Banks erklärt hatten, daß die Providentia die Versicherung wegen falscher Angaben der Wittwe Meyer als nichtig betrachte, jedoch zu Vergleichsverhandlungen bereit sei, ruhte die Sache eine Zeit lang. Am 2. November 1867 schrieb sodann der inzwischen an die Stelle von Bauer & Franck getretene Agent J. Jacobson an Dr. Banks: da seit der von Bauer & Franck abgegebenen Erklärung weder von dem Zehntenamt noch von Dr. Banks Vergleichsvorschläge gemacht seien, so erkläre die Providentia, daß sie die Zahlung der Versicherungssumme wegen falscher Declaration verweigere. Dr. Banks antwortete am 4. November, er wünsche Vergleichsunterhandlungen eröffnet zu sehen, hoffe übrigens in kurzer Zeit in der Lage zu sein, den Proceß gegen die Providentia zu beginnen. Ob hierauf über einen Vergleich wirklich unterhandelt worden ist, erhellt nicht. Am 7. Juli 1868 aber wurde von Dr. H. E. Fischer als Inhaber der Police gegen den Agenten Jacobson Klage auf Zahlung der 3000 ℔ erhoben. Der Beklagte schützte zwei Einreden vor, die der Nichtigkeit der Versicherung wegen falscher Angaben in der Declaration, und die der Verjährung, die letztere auf Grund des § 25 der Versicherungsbedingungen, welcher bestimmte, daß alle Ansprüche aus Versicherungsverträgen bei Vermeidung des Verlustes binnen 2 Jahren von der Fälligkeit an erhoben und im Fall der Zurückweisung binnen 3 Monaten im Rechtswege verfolgt werden müßten. Was der Kläger auf die Einrede der Verjährung erwiderte, ergiebt sich aus den Entscheidungsgründen dritter Instanz.

1) Das Niedergericht

verwarf mittelst Erkenntnisses vom 25. Januar 1869 die Einrede der Verjährung und legte wegen der andern Ein-

rede dem Beklagten Beweis auf. Die Gründe für jene Verwerfung gingen dahin: Es scheine freilich, als ob nach § 25 die zur gerichtlichen Verfolgung gestellte Frist von 3 Monaten auch innerhalb der für die Anmeldung verstatteten 2 Jahre verstreichen könne. Dennoch sei diese Meinung nicht für richtig zu halten; denn wäre die Bestimmung so gemeint gewesen, so hätte sie ihrer Wichtigkeit und ihrer Abweichung von allgemeinen Grundsätzen halber deutlicher gefaßt werden müssen. Namentlich sei die Wahl des Ausdrucks „und", statt „jedoch" oder „indessen", geeignet, zu der Annahme zu führen, daß die dreimonatliche Frist keineswegs schon vor Ablauf von 2 Jahren solle verstreichen können. Hiernach sei die Einrede der Verjährung auch abgesehen von den sonst dawider vorgebrachten Gründen zurückzuweisen.

Auf Appellation beider Theile wies

2) das Obergericht

am 7. Juni 1869 die Klage unter Compensation der Kosten ab. Denn der § 25 sei abweichend vom Niedergericht dahin zu verstehen, daß die Frist von 3 Monaten auch innerhalb der 2 Jahre nach dem Tode des Versicherten verstreichen könne, wenn die Zurückweisung des Anspruchs länger als 3 Monate vor Ablauf der 2 Jahre erfolgt sei. Das Schreiben vom 2. November 1867 enthalte aber in durchaus klarer Weise eine Zurückweisung des aus der streitigen Police erhobenen Anspruchs, und Dr. Banks sei als Vertreter des Nachlasses derjenige gewesen, welchem diese Erklärung habe abgegeben werden müssen. Ebensowenig sei die Befugniß des Beklagten als Generalagenten der Providentia zum Abgeben solcher Erklärung in Zweifel zu ziehen. Sollten nachher auch wirklich noch Verhandlungen zwischen den Parteien über eine gütliche Abmachung stattgefunden haben, so würde doch dadurch die einmal ausgesprochene Zurückweisung nicht wieder aufgehoben sein. Unter diesen Umständen komme es auf die andere Einrede (der falschen Angaben in der Declaration) nicht weiter an.

Auf Appellation des Klägers bestätigte

3) das Ober-Appellations-Gericht

die vorige Entscheidung durch Urtheil vom 16. October 1869 aus folgenden Gründen.

Die bei der Beurtheilung der klägerischen Ausführungen vor Allem in Betracht kommende Frage war

I. die nach dem Sinne des § 25 der beklagtischen Versicherungsbedingungen, dahin lautend:

„Alle Ansprüche an die Gesellschaft aus Versicherungsverträgen müssen, bei Vermeidung des Verlustes, binnen 2 Jahren von dem Zeitpunkt der Fälligkeit, resp. dem Eintritt des die Fälligkeit bedingenden Ereignisses an erhoben und, wenn dieselben von der Gesellschaft zurückgewiesen wurden, binnen 3 Monaten nach der Zurückweisung im Rechtswege verfolgt werden."

In diesen Worten sind, wie mit dem Obergerichte anzunehmen ist, folgende zwei Bestimmungen über den im Falle der Nichtactivität des Policenberechtigten eintretenden Verlust des Rechts aus der Police getroffen.

1) Der Anspruch aus der Police erlischt, wenn er nicht binnen zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit angemeldet („erhoben") wird.

2) Wird der erhobene Anspruch von der Gesellschaft zurückgewiesen, so erlischt er, falls er nicht binnen 3 Monaten nach dem Zeitpunkt der Zurückweisung gerichtlich geltend gemacht wird.

Die zweite Bestimmung — auf welche es in der gegenwärtigen Sache ankommt — ist unabhängig von der ersten. Die drei Monate sollen von dem Tage „der Zurückweisung" an laufen, gleichviel, wann dieselbe stattgehabt haben mag. Sie kann innerhalb der zwei Jahre, welche dem Policen-Inhaber für die Anmeldung zu Gebot standen, erfolgt sein; sie kann aber auch, wenn etwa die Anmeldung erst kurz vor dem Ende der zwei Jahre geschehen sein sollte, oder wenn eine längere Zeit über Verhandlungen zwischen dem Police-Inhaber und der Gesellschaft verflossen wäre, nach Ablauf der

zwei Jahre vorgekommen sein. In jedem dieser Fälle, also auch in dem ersteren hier vorliegenden, beginnt mit dem Tage der Zurückweisung der dreimonatliche Erlöschungszeitraum, und die Annahme des Klägers entbehrt jedes Grundes, daß die 3 Monate erst als mit dem Ende der zweijährigen Anmeldungsfrist zu laufen anfangend angenommen werden könnten oder müßten.

Der Gebrauch des Bindewortes und („und wenn dieselben rc."), ist keineswegs, wie der Kläger meint, geeignet, ein Bedenken an der Richtigkeit der vorstehenden Auffassung hervorzurufen. Der § 25 verlangt, wie aus dem Vorbemerkten hervorgeht, Diligenz des Police-Inhabers in zwei verschiedenen Richtungen. Es würde incorrect gewesen sein, das „und" durch „jedoch" oder „aber" zu ersetzen.

Bei der Klarheit der in Rede stehenden Bestimmung kann auch von einer gegen die Beklagte ausfallenden Interpretation, „weil sie sich deutlicher hätte ausdrücken sollen," nicht die Rede sein.

Der Kläger sucht

II. auszuführen, daß, insofern ihm, abgesehen von der Bestimmung des § 25, das Klagerecht aus der Police erst beim Ablauf des ordentlichen Verjährungszeitraums nach der Entstehung des Forderungsrechts (zufolge des Hamburgischen Rechts beim Ablauf von 10 oder resp. 20 Jahren) verloren gegangen sein würde, jene Bestimmung eine vertragsmäßige Abänderung der auf die Klagenverjährung bezüglichen gesetzlichen Vorschriften enthalte, welche Vorschriften, als dem jus publicum angehörig, der Vertrags-Autonomie der Parteien nicht unterlägen.

Nun hat es freilich seine Richtigkeit, daß einige Rechtslehrer Verträge, durch welche die Verjährung der Klagen ausgeschlossen oder auch nur modificirt werden soll, für unwirksam erklären, z. B.

Savigny, Syst. Bd. 5 S. 412,
Sintenis, Civilrecht § 31 Not. 60,

allein die richtige und jetzt von den meisten Rechtslehrern

getheilte, übrigens auch den neueren Gesetzbüchern zu Grunde liegende Ansicht geht dahin, daß eine vertragsmäßige Abkürzung des Zeitraums der Klagenverjährung für wirksam zu halten ist.

Puchta, Pand. § 89 not. d.,
Windscheid, Pand. § 107 in fine,
Arndts, Pand. § 106 in fine,
Oesterreich. Allg. bürgerl. Gesetzbuch § 1502,
Preuß. Landrecht I, 9 § 565—567 (in welchem unter gewissen Förmlichkeiten sogar die Ausdehnung der Verjährungszeit verstattet wird),
Königl. Sächs. Gesetzbuch von 1863 § 152.

Das Ober=Appellations=Gericht hat denn auch schon früher die vertragsmäßige Abkürzung der gesetzlichen Verjährungsfristen als statthaft behandelt;

Magdeburger Feuer=Vers.=Gesellsch. c. Bonhoff 1862 (Wunderlich, Lüb. Ob.=App.=Ger.=Erk. II, S. 316, 319),

und es stimmt in der Grundlage hiemit überein, daß kürzlich in der Bremischen Sache

Assecur. Ges. Weser c. Gebr. Lohe, Erk. 26. Jan. 1869*),

die Ansicht des damaligen Appellanten verworfen worden ist, eine vertragsmäßige Beschränkung der die Appellation verstattenden gesetzlichen Bestimmung sei, weil gegen das jus publicum verstoßend, unwirksam.

III. Der Kläger hat zum Zweck der Beseitigung der aus dem § 25 abgeleiteten Einrede des erloschenen Klagerechts auf den Umstand sich berufen, daß die Police auf den Inhaber laute, und zwar hat er dieses Moment in der Richtung zu begründen gesucht, daß ihn als den Inhaber der Police die in Rede stehende, nicht mit ihm, sondern mit der ursprünglich Versicherten (Wittwe Meyer) geschlossene Vereinbarung nicht binde; „es fehle hier an dem anderen Paciscenten." Diese Argumentation ist unhaltbar. Auch die für den dereinstigen Forderungsberechtigten maßgebenden Vertragsbestimmungen wurden durch die Wittwe Meyer, die

---

*) S. im gegenwärtigen Bande S. 13

Versicherte, mit der Providentia getroffen, überdies zum Zweck der Benachrichtigung des späteren Berechtigten in der Vertrags-Urkunde — der Police — verzeichnet. Jeder spätere Erwerber der Police wurde in Folge dessen von den darin ausgesprochenen, zwischen den ursprünglichen Contrahenten vereinbarten Bestimmungen über die Voraussetzungen des eventuellen Klagerechtes unterrichtet und ihnen unterworfen.

IV. Der in dem Schreiben des Beklagten an den Dr. Banks vom 2. November 1867 gerichteten Erklärung wird ohne Grund von dem Kläger die Eigenschaft einer „Zurückweisung“ des Anspruchs aus der Police, mindestens einer hier für wirksam zu achtenden Zurückweisung, abgesprochen. Keines der von dem Kläger in dieser Richtung vorgebrachten Momente kann für zutreffend gehalten werden.

1) Der Kläger meint, es hätte eine förmliche Resolution des Vorstandes der Providentia in der fraglichen Richtung angekündigt werden müssen. Er giebt gleichwohl nicht an, welche besondere Art der Entschließung des Gesellschafts-Vorstandes er hier für erforderlich halte. Unbedenklich ist, der Anzweifelung des Klägers gegenüber, anzunehmen, daß der Inhalt des Schreibens vom 2. November 1867 dem Sinne des § 25 entspreche. Dieser Paragraph redet nur davon, daß

> „nachdem die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrage von der Gesellschaft zurückgewiesen wurden,“

innerhalb drei Monate geklagt werden müsse. Nun lautet das Schreiben wie folgt:

> „ich (Jacobson) als an die Stelle von Bauer & Franck getretener dermaliger Generalagent der Providentia bin von dieser Gesellschaft beauftragt, Ihnen als dem jetzigen Inhaber der rc. Police mitzutheilen, daß die Providentia die Zahlung der auf das Leben der Frau Meyer versicherten Summe von ℔ 3000. wegen falscher Declaration verweigert.“

Diese Worte lassen an Bestimmtheit Nichts vermissen. Zumal, da in dem vorangehenden Theil des Schreibens auf

eine schon früher ausgesprochene Zahlungsweigerung der Providentia (von den damaligen Agenten Bauer & Franck ausgegangen) Bezug genommen und bemerkt worden war, daß Vergleichsunterhandlungen, welche früher in Aussicht gestellt gewesen seien, von der Providentia als aufgegeben betrachtet würden.

2) Die Legitimation des Schreibers — des jetzigen Beklagten Jacobson — als Agenten der Providentia sei nicht bescheinigt gewesen. Einer beigefügten Bescheinigung bedurfte es nicht, wenn der Schreiber wirklich legitimirt war und der Adressat des Briefes voraussichtlich keinen Zweifel an der Legitimation hegen konnte. Beides erledigt sich zu Ungunsten des Klägers durch die Antwort, welche der Adressat des Briefes, Dr. Banks, am 4. November — zwei Tage später — an den „General-Agenten der Providentia, J. Jacobson" richtete, aus welcher überdies das auf Seiten des Dr. Banks vorhanden gewesene richtige Verständniß der in dem Briefe enthaltenen Erklärung sich ergiebt. Die Bemerkung des Dr. Banks:

> „Sollten Sie Vollmacht haben, einen wirklichen Vergleich anzubahnen" 2c.

steht der Legitimation des Jacobson als Vertreters der Providentia nicht im Wege. Mit dem Recht der Vertretung einer Person ist nicht nothwendig allgemeine oder besondere Befugniß zur Abschließung von Vergleichen verbunden.

3) Die bona fides soll erfordert haben, daß der Beklagte den Dr. Banks auf die Bestimmung des § 25 und darauf, daß im Falle der über drei Monate verzögert werdenden Klagstellung der Anspruch aus der Police erlöschen werde, hätte aufmerksam machen müssen. Die von dem Kläger hier vorausgesetzte Dienstpflicht eines Contrahenten gegenüber dem andern, dessen Anspruch er bestreitet, besteht nicht. Dem Beklagten kann jedenfalls hier kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er die Vertreter der Police auf die aus dieser selbst hervorgehende Voraussetzung des Klagrechts nicht besonders aufmerksam machte.

4) Der Beklagte soll mit seinem Schreiben vom 2. November nicht an die rechte Person sich gewandt haben. Freilich sei Dr. Banks, der Adressat dieses Schreibens, Curator (Administrator) oder doch Concurator des insolventen Nachlasses der Wittwe Meyer gewesen, allein er habe sich nicht im Besitz der Police befunden, welche derzeit bei dem Zehntenamte deponirt gewesen sei. Auch diesem Vorbringen kann keine Folge gegeben werden. Das Zehntenamt besaß die Police unbestrittenermaßen als Erbschaftsbehörde für die Nachlaß-Interessenten (Erben oder resp. Creditoren), und diese wurden damals durch die Nachlaß-Curatoren, resp. den gerirenden Curator, vertreten. Auch hier steht dem Kläger das Antwortschreiben des Dr. Banks entgegen. Dieser bekundet sich darin als den rechten Adressaten der Anzeige vom 2. November, zugleich aber auch als den Disponenten über die Police. Am Schlusse des Schreibens bemerkt derselbe „er hoffe in kurzer Zeit in der Lage zu sein, wegen dieser Police den Proceß gegen die Providentia zu beginnen" (woran, wie aus dem Folgenden erhellet, er derzeit nur durch den Mangel an den zur Proceßführung erforderlichen Geldern verhindert wurde).

In jetziger Instanz hat der Kläger den schon in erster Instanz als anfänglichen Detentor der Police bezeichneten Stöckel als Pfandgläubiger derselben aufgeführt, wie denn derselbe nach der Replik Vorschuß auf die Police gegeben haben soll. Das etwanige Bestehen eines dem Stöckel zuständigen Pfandrechts würde, wie von selbst einleuchtet, die Inhaberschaft des Zehntenamts für die Nachlaß-Interessenten und, da die Police sich im Besitz des Zehntenamtes befand, die Vertretungsbefugniß des Rechts aus der Police auf Seiten des Dr. Banks, nicht aufgehoben haben.

Endlich wendet der Kläger

5) ein, die dem Dr. Banks gemachte Erklärung sei deßhalb nicht ausreichend gewesen, weil beiden Curatoren des Meyerschen Nachlasses — dem Dr. Banks und dem Dr. Oppenheimer — die in Rede stehende Anzeige hätte zugehen

müssen. Diesem Vorbringen steht es entgegen, daß es sich bei der Erklärung des Beklagten vom 2. November 1867 nicht um einen Act handelte, durch welchen der Meyersche Nachlaß hätte obligirt werden sollen, sondern um eine seitens eines Dritten dem Meyerschen Nachlaß einseitig zu machende Erklärung. Diese geschah in genügender Weise an den einen Curator, welcher unbestritten die Verwaltung führte. Auch hier würde eventualiter jedes Bedenken durch die Entgegennahme der Erklärung und deren Beantwortung Namens des Nachlasses seitens des gerirenden Curators beseitigt werden.

V. Nach dem Schreiben des Beklagten vom 2. November 1867 sollen, wie der Kläger angiebt, noch Vergleichsunterhandlungen zwischen Dr. Banks und dem Beklagten stattgefunden haben, und hiedurch sei nach der Behauptung desselben die darin enthaltene peremtorische Erklärung wiederum außer Kraft gesetzt worden. Der Beklagte stellt die Wiederaufnahme wirklicher Vergleichsverhandlungen in Abrede. Es kommt indessen auf die Ermittelung des Factischen hier deßhalb nicht an, da nur ein bei Gelegenheit erneuerter Vergleichsverhandlungen ausdrücklich oder stillschweigend herbeigeführtes Einverständniß beider Theile darüber, daß die Wirksamkeit des Schreibens aufgehoben werde oder als aufgehoben gelten solle, hier von Erheblichkeit sein würde. Umstände, welche auf ein solches Einverständniß schließen ließen, sind vom Kläger in keiner Weise substantiirt worden.

VI. Wenn der Kläger endlich die Regel agere non valenti non currit praescriptio für sich anführt, so bedarf das hierüber Bemerkte keiner Widerlegung.

Hamburg. 85.

Dr. Antoine Feill zu Hamburg m. n. **Robert Brewis** in Hartlepool, Kläger, wider **Wilhelm Reimers** zu Hamburg, Beklagten, Frachtforderung betreffend.

---

1) Auslegung der in einer Chartepartie vom Verfrachter ertheilten Garantie, daß das Schiff eine bestimmte Anzahl „tons deadweight“ tragen könne.

2) Ist es streitig, ob die Leistung eines Contrahenten, welche von dem andern Contrahenten ohne Vorbehalt angenommen worden war, einer vertragsmäßigen Zusage entspreche, so hat der Empfänger zu beweisen, daß und worin die Erfüllung mangelhaft gewesen sei.

Rechtsfall. Laut einer zu Hamburg am 22. Juni 1864 durch Vermittlung des Maklers Bolten abgeschlossenen Chartepartie charterte Wilhelm Reimers zu Hamburg von Robert Brewis zu Hartlepool dessen Bark Queen of commerce, damals in den chinesischen Gewässern, auf ein volles Jahr für den Betrag von £ 250. monatlich, wobei die Clausel hinzugefügt war:

> „owner guaranteeing the vessel to carry 437 tons Deadweight.“

Die Queen of commerce, Capitain Wilkinson, machte für Rechnung von Reimers zuerst eine Reise von Port Canning nach Ningpo, und dann eine Reise von New-Chwang (wohin sie in Ballast gegangen war) nach Hongkong. Auf der ersten wurde das Schiff mit Reis, auf der zweiten mit Erbsen beladen. Die Commissionäre von Reimers in Ningpo und Hongkong vergüteten aber der Rhederei des Schiffes in

dem mit ihr aufgemachten Contocourant für die Zeit der ersten Reise nur £ 1589., für die der zweiten nur £ 1162. 2 s. 4 d., weil die Ladefähigkeit des Schiffes in diesem Verhältniß geringer, als 437 tons gewesen sei. Der Capitain nahm die Abrechnung nur mit Protest in Empfang, und der Rheder Robert Brewis ließ im December 1867 beim Handelsgericht zu Hamburg auf Bezahlung des an der vollen Jahresfracht noch fehlenden Betrages von £ 248. 17 s. 8 d. nebst Zinsen und Kosten klagen. Der Beklagte vertheidigte den gemachten Abzug, da deadweight soviel als Schwergut heiße, also eine Ladefähigkeit des Schiffes für 437 tons Schwergut garantirt worden sei, da das Schiff auf der ersten Reise nur 407 tons Reis (in der Abrechnung mit dem Capitain waren nur 396 tons angenommen worden) auf der zweiten nur 409 tons Erbsen habe einnehmen können, beide Waarengattungen aber unzweifelhaft zu Schwergut gehörten. Der Kläger machte dagegen unter Bezugnahme auf die Abhandlung im

Neuen Archiv für Handelsr. Bd. 2 (1860) S. 257—297

geltend, deadweight heiße gewöhnlich, namentlich im englischen Schiffsverkehr, das Brutto- oder Totalgewicht einer Ladung, die obige Clausel habe daher lediglich die Tragfähigkeit des Schiffes bis zu 437 Gewichtstonnen garantirt, und diese Tragfähigkeit sei bei den fraglichen beiden Befrachtungen noch längst nicht erschöpft gewesen.

1) Das Handelsgericht

trat in seinem Erkenntniß vom 15. Juni 1868 einfach der Auslegung des Klägers bei, und verurtheilte daher, indem es zugleich davon ausging, die Tragfähigkeit des Schiffes zu 437 tons habe nicht bestritten werden sollen, den Beklagten der Klagbitte gemäß.

Auf Appellation des Beklagten erkannte

2) Das Obergericht

am 30. October 1868 reformatorisch,

daß die Sache zur klägerischen Replik auf die beklagtischen anderweiten Einreden sowie zur ferneren Verhandlung und

Entscheidung an das Handelsgericht zu remittiren, dem Kläger auch wegen in erster Instanz zu stellender Anträge auf vorgängige Deposition des eingeklagten Frachtbelaufes Gerechtsame vorzubehalten seien;

mit folgender Begründung. Für den Befrachter könne es nicht allein darauf ankommen, daß das von ihm gecharterte Schiff mit einem gewissen Gewichte beladen noch see- und segelfähig, sondern darauf, daß es von den Waaren, deren Verladung beabsichtigt werde, ein gewisses Quantum an den Bestimmungsort zu bringen geeignet sei. Wenn daher in der vorliegenden Charteparti garantirt worden sei, „the vessel to carry 437 tons deadweight," so dürfe dies nicht auf die Tragfähigkeit für ein angegebenes abstractes Gewicht beschränkt werden, sondern müsse in Uebereinstimmung mit dem unter den Contrahenten vorausgesetzten Zweck jeder Befrachtung dahin verstanden werden, daß das Schiff von solchen Waaren, welche unter den im Handel gebräuchlichen Begriff von deadweight fallen, die genannte Tonnenzahl zu transportiren, also auch dieselbe in seinem Laderaum aufzunehmen im Stande sei. Nun sei unbestritten durch den Ausdruck deadweight die hier von der Queen of commerce eingenommene Reis- resp. Erbsenladung nicht etwa im voraus ausgeschlossen worden, und wenn nach Einnahme von 407, beziehungsweise 409 tons dieses Artikels der Laderaum vollständig gefüllt gewesen sei, müsse der Befrachter zu der von seinen Agenten vorgenommenen verhältnißmäßigen Reduction der bedungenen Zeitfracht für berechtigt erachtet werden, indem der contractlichen Zusicherung so wenig durch die Berufung darauf, daß die Tragfähigkeit des Schiffes noch nicht erschöpft gewesen sei, habe genügt werden können, wie durch die Möglichkeit, daß bei Waarengattungen von noch größerem specifischem Gewicht das Schiff beiden gleich wesentlichen Anforderungen in der That zu entsprechen vermöge. Hiernach stelle sich die beklagtische Appellation als begründet dar, wogegen über das sonstige beiderseitige Vorbringen erst nach weiterer Verhandlung in erster Instanz zu entscheiden sein werde.

Auf Appellation des Klägers änderte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 16. October 1869 diese Entscheidung dahin ab, daß

1) der Beklagte zu verurtheilen, dem mand. nom. Kläger das liquidum von achtundvierzig Pfund Sterling dreizehn Schilling ein Penny nebst Zinsen seit dem 4. December 1867 innerhalb 8 Tagen bei Vermeidung der Execution zu bezahlen;

2) derselbe im Uebrigen, unter Vorbehalt des Gegenbeweises für den Kläger, in einem vom Handelsgericht anzuberaumenden Termine zu beweisen schuldig sei,

daß die Queen of commerce bei der ersten für Rechnung des Beklagten gemachten Reise nicht mehr, als 407 tons Reis, beziehungsweise bei der zweiten Reise nicht mehr, als 409 tons Erbsen, eventuell im einen wie im andern Fall wieviel weniger doch als 437 tons, in ihren Laderaum habe aufnehmen können.

Entscheidungsgründe.

Gegen das Obergerichtserkenntniß vom 30. October 1868, welches die vom Beklagten geltend gemachte Auffassung des ihm ertheilten Garantie-Versprechens als begründet anerkannt, im übrigen aber die Sache noch nicht für spruchreif erachtet und deshalb an die erste Instanz zur Vervollständigung der Verhandlungen zurückverwiesen hat, verlangt der Kläger

I. in seiner Principalbeschwerde die Wiederherstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses vom 15. Juni 1868, und damit die einfache Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung der geforderten £ 248. 17 sh. 8 d. nebst Proceßzinsen und Kosten.

Diese Beschwerde stellte sich als unbegründet dar. Sie ist lediglich darauf gestützt worden, daß durch die in der Charterpartie vom 22. Juni 1864 enthaltene Clausel

„owner guaranteeing the vessel to carry 437 tons deadweight“

vom Kläger nicht ein bestimmter Laderaum, sondern nur eine Tragfähigkeit des Schiffes bis zu 437 Gewichtstonnen garantirt worden sei. Dem gegenüber mußte jedoch die vom Beklagten vertheidigte Auslegung, wonach durch die Clausel die Fähigkeit des Schiffes garantirt wurde, mit 437 tons zur Gattung Schwergut gehörenden Waaren beladen zu werden, den Umständen nach als die allein richtige anerkannt werden. Erwägt man, daß das Wort deadweight im Schiffs-Frachtverkehr mindestens auch in der Bedeutung von Schwergut gebräuchlich ist,

vergl. Neues Archiv des Handelsr. Bd. 2 S. 286 Note*,
Seebohm, Samml. seerechtl. Erk. Nr. 39,
Kierulff, Samml. Bd. 2 S. 722—724,

so kann man aus den vom Obergericht geltend gemachten Gründen nicht anders annehmen, als daß hier beide Contrahenten es nur in diesem Sinne haben gebrauchen können und wollen. Dies wird auch noch dadurch bestätigt, daß die vorliegende Charteparite ein von Singapore oder Hongkong aus zu benutzendes und schließlich wieder in einen chinesischen oder ostindischen Hafen zurückzuführendes Schiff betraf, eine Beladung mit Reis daher, auch wenn es in den Vorverhandlungen nicht ausdrücklich zur Sprache gekommen sein sollte, offenbar und gerade vorzugsweise ins Auge gefaßt werden mußte, und ohne besondere darauf hinweisende Umstände in keinem Fall vorausgesetzt werden kann, es sei bloß auf die Tragfähigkeit für Güter der allerschwersten Art, wie Metalle, abgesehen gewesen. Daß aber Reis — und ebenso die nach den Angaben des Beklagten noch etwas schwerer ausgefallenen Erbsen — zu den Waaren gehört, wovon 20 Centner auf die ton gerechnet werden, und somit als Schwergut zu gelten hat, unterliegt keinem Zweifel und ist vom Kläger gar nicht bestritten worden.

II. Wenn sich hiemit zugleich die erste, auf Ermittlung der Tragfähigkeit des Schiffes gerichtete Eventualbeschwerde erledigt, so mußte dagegen der zweiten Eventualbeschwerde, welche neben Verurtheilung des Beklagten in

eine Summe von £ 56. 13 sh. 8 d. die Einleitung eines Beweisverfahrens über den Laderaum der Queen of commerce beantragt, im Wesentlichen entsprochen werden.

1) Das Obergericht hat, indem es in den Motiven, auf Grund der obigen Interpretation der Garantieclausel, die Behauptung mangelnden Laderaumes als erheblich anerkannte, die Sache zur ferneren Verhandlung und zwar zunächst „zur Replik auf die beklagtischen und anderweiten Einreden“ an das Handelsgericht zurückverwiesen. Unter den „anderweiten Einreden“ können indessen nur die thatsächlichen Angaben gemeint sein, welche sich noch außer dem Streit über die Interpretation der Garantieclausel in der Vernehmlassung auf die Klage finden. Denn, wie der Kläger gegenwärtig mit Recht geltend gemacht und Beklagter nicht speciell bestritten hat, enthält die Vernehmlassung, abgesehen vom Cautionsverlangen, überhaupt nur die eine Einrede, daß Beklagter, weil das gecharterte Schiff der garantirten Ladefähigkeit nicht entsprochen habe, zu einem verhältnißmäßigen Abzug an der Fracht berechtigt sei, die exceptio quanti minoris, oder, was hier zusammenfällt, non rite adimpleti contractus. Was außer der streitigen Interpretation vorkommt, bezieht sich lediglich darauf, daß und in welchem Maße der Garantie nicht genügt worden sei. Es konnte sich also nur fragen, ob hierüber noch ein weiterer Replikvortrag erforderlich sei; und das mußte verneint werden. Der Kläger hat replicando einerseits hervorgehoben, daß ihm nach der eignen Berechnung des Gegners noch ein liquidum zukomme, andererseits erklärt, daß er von den Angaben des Beklagten nichts concedire, von dem Inhalt und Gewicht der Säcke (der Ladungen) nichts wisse, und daß dem Beklagten geeigneten Falls der Beweis über die nicht gehörige Erfüllung der Garantie aufzuerlegen sei. Hiernach war soviel genügend zu erkennen gegeben, daß sämmtliche einzelne Angaben, woraus der Beklagte den Mangel der garantirten Ladefähigkeit hergeleitet hatte, mit Nichtwissen beantwortet werden sollten, und stand somit einer Beweisauflage über

diese Angaben nichts entgegen, während, wenn eine positive Behauptung des Klägers erfordert würde, daß das Schiff ausreichenden Raum für 437 tons Reis und Erbsen gehabt habe, eine solche allerdings gar nicht aufgestellt worden ist. Es kommt sonach

2) auf die Frage von der Beweislast an, worüber die Parteien in allen drei Instanzen gestritten haben.

Wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, darum handelt, ob die Leistung eines Contrahenten einer vertragsmäßigen Zusage entspreche, so muß nach der richtigeren Ansicht unterschieden werden, ob die Leistung von dem andern Contrahenten ohne Vorbehalt angenommen worden war oder nicht. Wurde die angebotene Leistung zurückgewiesen, so hat der Offerent die Vertragsmäßigkeit zu erweisen; im entgegengesetzten Fall hat der Empfänger das Mangelhafte der Erfüllung darzuthun. Das Ober-Appellations-Gericht hat diese Unterscheidung schon in einer Reihe von Fällen zu Grunde gelegt, insbesondere aber den, welcher vorbehaltlos die Leistung annahm, für beweispflichtig erklärt in den Frankfurter Sachen

Discher c. Hauser. März 1851 (Römer, Samml. Bd. 2 S. 580 vgl. mit S. 578).

Thormann & Comp. c. Goldschmidt Söhne. April 1862 (Vereins-Samml. Bd. 6 S. 439 f.).

Im vorliegenden Falle ist es nun außer Streit, daß die Queen of commerce dem Beklagten während des vertragsmäßigen Zeitraums zur Disposition gestellt und von ihm benutzt worden ist, und er hat nicht behauptet, daß er vorher den Mangel der garantirten Ladefähigkeit habe constatiren lassen und nur unter Vorbehalt der daraus hervorgehenden Ansprüche die klägerische Leistung angenommen habe. Der Beklagte hat daher die Beweislast zu übernehmen; wofür denn auch die vom Kläger angeführten seerechtlichen Entscheidungen sprechen, die über gleiche Fälle streitigen Frachtabzugs, wenn auch ohne ausdrückliche Hervorhebung des er-

wähnten rechtlichen Gesichtspunktes, theils beim Handelsgericht und Obergericht zu Hamburg,

s. Ullrich, Samml. seerechtl. Erk. Nr. 27, 219,
Seebohm, Samml. seerechtl. Erk. Nr. 39,

theils beim Ober-Appellations-Gericht,

Hamb. Mac Gregor c. Eggers. Mai 1852,
Hamb. Möller c. Hundeiker & Abegg. Octbr. 1866. (Kierulff, Samml. Bd. 2 S. 728);

ergangen sind.

3) Die Fassung des Beweissatzes war nicht sowohl auf die einzelnen Elemente, worauf der Beklagte das Resultat zu geringer Ladefähigkeit stützt, als vielmehr direct auf letzteres selbst zu richten, weil dieses das eigentliche Beweisthema bildet. Dem Kläger aber war, da kein Stoff für einen Replikenbeweis vorliegt, nur der directe Gegenbeweis vorzubehalten.

4) Endlich konnte es auch keinem Zweifel unterliegen, daß dem Kläger schon jetzt seinem Antrage gemäß ein liquidum zuzuerkennen sei, wenn auch nicht für die ganze Summe von £ 56. 13 sh. 8 d. Der Beklagte hat seine Einrede selbst darauf gegründet, daß die Reisladung zu 407 tons anzuschlagen sei, und dem entsprechend nur nach diesem Verhältniß einen Frachtabzug verlangt. Die Einrede reicht daher nicht weiter, als daß die ursprünglich bedungene Fracht hinsichtlich der für die erste Reise in Anspruch genommenen 7 Monate in der Proportion von 437 : 407, und, da die Erbsenladung nach Angabe des Beklagten 409 tons ausmachte, für die letzten 5 Monate in der Proportion von 437 : 409 herabgesetzt werde. Danach würde dem Beklagten im günstigsten Falle ein Gesammt-Abzug von £ 200. 4 sh. 7 d. zu Statten kommen. Im Vergleich hiermit aber ergiebt der eingeklagte und an sich liquide Frachtrückstand einen Mehrbetrag von £ 48. 13 sh. 1 d.

Bremen. 86.

In Bremer Strafsachen wider J. H. Mählmann aus Boitwarden, Amts Brake, wegen fahrlässiger Tödtung.

Auf Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wurde durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 19. October 1869 das Erkenntniß des Schwurgerichtshofs zu Bremen vom 19. Juni d. J. vernichtet, und der Angeklagte von der gegen ihn erhobenen Beschuldigung fahrlässiger Tödtung freigesprochen.

Die hier in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen lauten folgendermaßen:

Brem. Strafproceß-Ordnung:

§ 505. Den Geschwornen ist gestattet, eine Frage theilweise zu bejahen oder zu verneinen; auch können die Geschwornen, wenn sie glauben, daß einzelne in der Frage enthaltene Umstände sich anders verhalten, statt bloßer Verneinung der Frage, dieselbe unter Beifügung der sich anders verhaltenden Umstände bejahen. Ihre Antwort ist dann: Ja, aber mit diesen oder jenen Umständen.

§ 515. Ist der Ausspruch nicht regelmäßig in der Form oder ist er in der Sache undeutlich, unvollständig oder sich widersprechend, so muß der Gerichtshof von Amtswegen verordnen, daß die Geschwornen in ihr Berathungszimmer sich zurückbegeben, um dem Mangel abzuhelfen. Die Verbesserung muß in der Art geschehen, daß der ursprüngliche Ausspruch erkennbar bleibt.

§ 480. Die Hauptfrage wird dahin gerichtet: ob der Angeklagte des Vergehens sich schuldig gemacht habe, welches den Gegenstand der Anklage bildet. Hierbei sind alle straf-

rechtlichen Merkmale des Vergehens, bei Strafe der Nichtigkeit, in die Frage mit aufzunehmen. Diejenigen von ihnen, welche einen Rechtsbegriff enthalten, sind thunlichst auf das entsprechende thatsächliche Verhältniß zurückzuführen.

§§ 524, 526. Die durch den Ausspruch der Geschwornen festgestellten Thatsachen dürfen nicht mehr bestritten oder in Zweifel gezogen werden; nur die aus denselben herzuleitenden rechtlichen Folgen können Gegenstand der Erörterung sein.

Ist die That, welcher der Angeklagte für schuldig erklärt worden ist, den Rechten nach nicht oder nicht mehr strafbar, so spricht der Gerichtshof den Angeklagten frei; im entgegengesetzten Fall erkennt er die Strafe.

§ 514. Der Ausspruch (der Geschwornen) wird hierauf (nämlich nach Verlesung der Fragen und Antworten durch den Obmann der Geschwornen) dem Präsidenten übergeben und, bei Strafe der Nichtigkeit, von diesem und dem Protocollführer unterzeichnet.

§ 520. Der Ausspruch der Geschwornen wird, nachdem der Angeklagte in den Sitzungssaal zurückgeführt oder zurückgerufen worden (vergl. jedoch § 462), durch den Protokollführer verlesen. — § 462: Leistet der Angeklagte der Vorladung keine Folge, oder verläßt er die Sitzung vor dem Schlusse der Verhandlungen, so hat der Gerichtshof, unter Verurtheilung desselben in die Kosten der vereitelten Sitzung, die Aussetzung derselben, und daneben nach Lage der Sache entweder einen Befehl zur Vorführung des Angeklagten zu der neu anzuberaumenden Sitzung zu erlassen, oder dessen Verhaftung zu verordnen. Hatte jedoch eine Vernehmung des Angeklagten über die Anklage vor seiner Entfernung bereits stattgefunden, so kann die Sache in derselben Sitzung zum Schluß verhandelt und abgeurtheilt werden.

§ 521. Lautet der Ausspruch der Geschwornen dahin, daß der Angeklagte nicht schuldig sei oder daß ein Strafausschließungsgrund vorliege, so spricht das Gericht denselben sofort von der Anklage frei, und verordnet, wenn derselbe

verhaftet ist und nicht aus sonstigen Gründen verhaftet bleiben muß (z. B. § 418), die sofortige Freilassung.

V. O. betreffend die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts vom 30. Septbr. 1865:

§ 6 Abs. 3. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zulässig wegen Verletzung, Verabsäumung oder unrichtiger Anwendung solcher Proceß-Vorschriften und Grundsätze, deren Nichtbeachtung einen wesentlichen Mangel des Verfahrens begründet.

§ 7 Abs. 2. Außerdem ist die Nichtigkeitsbeschwerde auch wegen des Inhalts der Urtheile zulässig, wenn das Urtheil nicht auf Grund ordnungsmäßigen Ausspruchs der Geschwornen oder rechtsgenügenden Geständnisses des Angeschuldigten ergangen ist, oder damit nicht im Einklange steht.

§ 23 sub 1. Findet nach beendigter mündlicher Verhandlung das Ober-Appellations-Gericht die Nichtigkeitsbeschwerde begründet und vernichtet demgemäß das angefochtene Urtheil, so hat dasselbe zugleich bei Schwurgerichtsurtheilen, so oft das dem Ausspruche der Geschwornen vorangegangene Verfahren oder dieser Ausspruch selbst die Nichtigkeit begründet, die Sache an das Obergericht zurückzuverweisen, damit die Sache unter Befolgung der vom Ober-Appellations-Gerichte gegebenen Normen, soweit nöthig, neu verhandelt und neuerdings entschieden werde. Liegt hingegen die Nichtigkeit in demjenigen Theile des Verfahrens, welcher auf den Ausspruch der Geschwornen gefolgt ist, so hat das Ober-Appellations-Gericht seine eigne Entscheidung an die Stelle des als nichtig aufgehobenen Urtheils zu setzen.

Entscheidungsgründe.

Die erste den Geschwornen in der Sitzung des Schwurgerichtshofs vom 19. Juni d. J. vorgelegte Frage lautete:

Ist der Angeklagte schuldig, am 19. Febr. 1869 den Wilke Kämena aus Hasenbüren, als dieser in der Straße am Sandberge einen mit zwei Pferden bespannten leeren Heuwagen fuhr, in der Absicht denselben vom Pferde zu

reißen und ihm Eins zu versetzen aber ihn nicht zu tödten, und ohne die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise, obwohl er diese einsehen konnte, zu bedenken, gewaltsam vom Pferde heruntergerissen zu haben, in Folge dessen Wilke Kämena so zu Boden fiel, daß ein Rad des Wagens über dessen Kopf ging, der dadurch solche Verletzungen erhielt, daß durch dieselben der augenblickliche Tod des Kämena herbeigeführt wurde?

Die Geschwornen haben nach ihrer Rückkehr in den Sitzungssaal diese Frage dahin beantwortet:

Ja, er ist schuldig, jedoch mit Ausnahme des Passus: „obwohl er diese einsehen konnte."

Gerichtsseitig ist hierauf erkannt worden: daß die Geschwornen in Gemäßheit § 515 der Strafproceßordnung sich in das Berathungszimmer zurückzuziehen haben, um dem Widerspruche in der Fragbeantwortung abzuhelfen; und dies hat zur Folge gehabt, daß — nachdem auch der zweite Ausspruch der Geschwornen als sich widersprechend zurückgewiesen worden war — dieselben die obige Frage mit einem einfachen: „Ja, er ist schuldig" beantwortet haben, und auf Grund dieses dritten Ausspruchs der Angeklagte vom Schwurgerichtshofe „wegen culposer Tödtung des Wilke Kämena" in eine Gefängnißstrafe von 15 Monaten und zur Tragung der Kosten verurtheilt worden ist.

Der Angeschuldigte hat dieses Urtheil mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten, als Nichtigkeitsgründe geltend gemacht: daß in dem ersten und eventuell in dem zweiten Ausspruche der Geschwornen ein Widerspruch gefunden und nicht vielmehr auf Grund derselben ein freisprechendes Erkenntniß erlassen worden, und beantragt, daß das Urtheil für nichtig erklärt und er sofort freigesprochen werde.

Diesem Antrage muß

I. in Uebereinstimmung mit der in der mündlichen Verhandlung vom Staatsanwalte ausgeführten Ansicht, dahin Folge gegeben werden, daß das angefochtene Urtheil — und zwar schon wegen des von dem Schwurgerichtshofe in Be-

ziehung auf den ersten Ausspruch der Geschwornen beobachteten Verfahrens — zu vernichten ist, so daß es also auf den zweiten Ausspruch derselben nicht weiter ankommt.

Den Geschwornen ist es nach § 505 der Strafproceßordnung gestattet, eine Frage theilweise zu bejahen, theilweise zu verneinen. Von dieser Befugniß haben sie vorliegend Gebrauch gemacht, indem sie von den verschiedenen in der ersten Frage zusammengefaßten Momenten ein einzelnes verneint, die übrigen bejaht haben. Ein Widerspruch würde darin nur liegen, wenn der speciell verneinte Punkt durch Bejahung des übrigen Theils der Frage bereits mit bejaht wäre oder doch mit diesem in einem so untrennbaren Zusammenhange stände, daß eine separate Behandlung desselben gar nicht möglich erschiene. Dies ist aber keineswegs der Fall. Angeklagter kann die in der Frage bezeichnete Handlung in der daselbst angegebenen Absicht und mit dem hervorgehobenen Erfolge begangen haben, ohne daß daraus nothwendig folgt, daß er auch die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise (d. i. die Gefahr, daß daraus möglicherweise der wirklich eingetretene Erfolg hervorgehen werde) hat einsehen können. Nun war zwar in dem von den Geschwornen bejahten Theile der Frage auch der Umstand mitbegriffen, daß Angeklagter „ohne die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise zu bedenken," so wie angegeben gehandelt habe. Mit der Bejahung dieses Momentes ist aber nur einerseits die objective Gefährlichkeit der Handlung und andererseits die negative Thatsache festgestellt, daß Angeklagter diese Gefährlichkeit nicht bedacht hat. Daß er sie habe bedenken können und sollen, ist damit nicht gesagt. Dieser Punkt bildete vielmehr den Gegenstand einer völlig trennbaren, in den Worten „obwohl er sie einsehen konnte" liegenden Frage, welche die Geschwornen noch immer verneinen konnten und verneint haben. Endlich läßt sich ein Widerspruch in der Antwort auch nicht daraus ableiten, daß die Geschwornen den Angeklagten für „schuldig" erklärt haben, obgleich in dem Ausspruche, daß er die Gefährlichkeit seiner Handlungsweise nicht habe einsehen können, die Ver-

neinung eines zum Thatbestande des demselben Schuld gegebenen Verbrechens wesentlich gehörenden Momentes lag. Denn, abgesehen davon, daß die Geschwornen sich jenes Ausdrucks nur in Wiederholung des bezüglichen Passus der Frage bedient haben, so ist es deren Aufgabe überall nur, die Beweisfrage zu entscheiden, also Thatsachen — sei es auch, daß dieselben unter einem Rechtsbegriffe zusammengefaßt sind (vergl. § 480 der Straf-Proceß-Ordnung) — festzustellen. Die Subsumtion der durch den Wahrspruch festgestellten Thatsachen unter das Gesetz ist lediglich Sache des Gerichts (ebendas. § 524, 526). Die Bedeutung des hier vorliegenden Ausspruches der Geschwornen ist also überhaupt keine weiter gehende, als daß sämmtliche in der Frage begriffenen Facta, bis auf das in der Antwort speciell ausgenommene, für wahr erklärt worden sind.

Waren aber die beiden Theile des ersten Ausspruches der Geschwornen nicht unvereinbar mit einander, so lag in der den Letzteren vom Gerichte gemachten Auflage, sich zurückzuziehen, um dem Widerspruche in der Fragbeantwortung abzuhelfen, eine falsche Anwendung der Vorschrift des § 515, resp. Verkürzung der in § 505 der Strafproceßordnung den Geschwornen beigelegten Befugniß, eine Frage theilweise zu bejahen oder zu verneinen. Es kann nicht bezweifelt werden, daß die Bestimmungen dieser Paragraphen zu den Proceßvorschriften gehören, deren Verletzung, Verabsäumung oder unrichtige Anwendung einen wesentlichen Mangel des Verfahrens begründet, und daß daher eine Richtigkeitsbeschwerde nach Maßgabe des § 6 Abs. 3 der Verordnung, betreffend die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts u. w. d. a., vom 30. Septbr. 1865 hier Platz greift. Die Richtigkeitsbeschwerde ist aber auch nach § 7 Abs. 2 daselbst begründet, da, wenn bereits der erste Ausspruch der Geschwornen zur Anwendung der Vorschrift des § 515 der Strafproceßordnung keine Veranlassung bot, vielmehr zur Grundlage des richterlichen Urtheils hätte genommen werden können und sollen, daraus von selbst folgt, daß der dritte Ausspruch, auf

dessen Grund die Verurtheilung des Angeschuldigten durch den Gerichtshof erfolgte, kein „ordnungsmäßiger" gewesen ist.

Der Vertheidigung muß aber

II. ungeachtet des Widerspruchs der Staatsanwaltschaft, auch darin beigetreten werden, daß nunmehr vom Ober-Appellations-Gerichte in der Sache selbst, und zwar freisprechend, zu erkennen ist. Nach § 23 der citirten Verordnung hat das Ober-Appellations-Gericht seine eigene Entscheidung an die Stelle des als nichtig aufgehobenen Schwurgerichts-Urtheils dann zu setzen, wenn die Nichtigkeit in demjenigen Theil des Verfahrens, der auf den Ausspruch der Geschwornen gefolgt ist, liegt. Dieser Fall ist hier gegeben. Als „Ausspruch der Geschwornen" kann in der vorliegenden Sache nach den Ausführungen unter I. nur die erste auf die bezügliche Frage von den Geschwornen ertheilte Antwort erachtet werden. Die Nichtigkeit liegt eben darin, daß dieser Ausspruch nicht dem Urtheile zu Grunde gelegt, sondern die Geschwornen zu einer anderweiten Beantwortung der ihnen gestellten Frage angehalten worden sind, also in dem ihrem Ausspruche nachfolgenden Verfahren. Das Ober-Appellations-Gericht kann sich auch durch die Bestimmungen der §§ 514 und 520 der Strafproceß-Ordnung nicht verhindert erachten, seinem Erkenntnisse den mehrgedachten ersten Ausspruch der Geschwornen zu Grunde zu legen. Die Strafe der Nichtigkeit, die nach § 514 dann eintreten soll, wenn der Ausspruch nicht vom Präsidenten und Protokollführer unterzeichnet worden ist, bezieht sich, der Natur der Sache nach, nur auf den Fall, wo der Schwurgerichtshof die bezügliche Antwort der Geschwornen als den seinem Urtheile zu Grunde zu legenden Wahrspruch anerkannt und benutzt hat. Es kann aber nicht die Meinung des Gesetzes sein, daß der Angeklagte darunter leiden soll, wenn ein Ausspruch unrichtigerweise auf Grund des § 515 als unregelmäßig u. s. w. zurückgewiesen worden und deshalb die Unterzeichnung desselben durch den Präsidenten und Protokollführer unterblieben ist. Für das Ober-Appellations-Gericht als Cassationshof muß es genügen,

daß nach Inhalt der Acten kein Zweifel darüber ist und sein kann, daß die erste von den Geschwornen auf die erste Frage ertheilte Antwort dahin gegangen ist:

Ja, er ist schuldig, jedoch mit Ausnahme des Passus „obwohl er diese einsehen konnte."

Die Bestimmung des § 520 kommt nicht in Betracht, weil — wenn überhaupt, im Beihalte des § 462, die Eröffnung des Wahrspruchs an den Angeklagten als ein wesentliches Erforderniß angesehen werden könnte — dieser doch jedenfalls hierauf zu verzichten berechtigt ist.

Das Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts in der Sache selbst kann nach § 521 und 526 der Strafproceß-Ordnung kein anderes als ein freisprechendes sein, da in dem von den Geschwornen verneinten Theile der Frage ein wesentliches Moment für den Thatbestand der culpösen Tödtung liegt.

---

87. Hamburg.

Dr. F. Sieveking zu Hamburg, subst. noie. **Dr. J. C. Knauth** daselbst, mand. noie. **D. Kanschine** zu St. Petersburg, jetzt **Dr. H. Wex,** subst. noie. des Ersteren, Kläger, wider **Hughes Stobart & Co.** zu Hamburg und deren gerichtlich bestellte Administratoren, Beklagte, jetzt Appellaten, Forderung betreffend.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte unter dem 19. October 1869 ein Erkenntniß des Obergerichts vom 5. Juli 1869 und kann sowohl wegen des Faktischen als wegen des Inhalts der früheren Entscheidungen auf die

Entscheidungsgründe

zu dem Erkenntniß der dritten Instanz verwiesen werden, welche folgendermaßen lauten:

Die klägerische Appellation gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 5. Juli d. J. betrifft zwei in keinem inneren Zusammenhange mit einander stehende Streitpunkte.

I. Der Kläger hat dem Beklagten einen Posten von St. £ 6777. 1 ß im Conto-Courant zur Last gebracht, bei welchem es auf folgende Umstände ankommt.

Die in Hamburg bis zum Ende des Jahres 1857 in Wirksamkeit gewesene, zur Zeit der damaligen Handelskrisis aber unter Administration getretene, durch George Hughes und John Morrisson Stobart gebildete Firma „G. Hughes & Co." hat freilich mit der durch dieselben Personen gebildeten Londoner Firma „J. M. Stobart & Co." in enger Verbindung gestanden, gleichwohl sind beide Firmen verschiedene Etablissements gewesen, mit der Berechtigung der Creditoren eines jeden, sich mit Ausschluß der Gläubiger des resp. anderen Etablissements an die Activa derjenigen Firma zu halten, mit welcher sie contrahirt hatten.

Bei dem hier in Betracht kommenden Streitpunkt handelt es sich darum, ob der Kläger berechtigt ist, die oben erwähnte (übrigens auch in anderen Beziehungen bestrittene) Forderung dem hamburgischen Etablissement in Rechnung zu stellen, was seitens der Beklagten für den Fall bestritten wird, wenn der Kläger überhaupt mit seiner Forderung durchdringen sollte.

Die Forderung selbst rührt aus einem Geschäft her, welches durch einen vom Kläger in Rußland zu bewirkenden Ankauf von Hopfen, durch Versendung der Waare an J. M. Stobart & Co. in London und Verkaufsauftrag an Diese hat zur Ausführung gebracht werden sollen, und an dessen Ergebniß, nach der Behauptung des Klägers, die hamburgische Firma für die Hälfte betheiligt gewesen sei, welche Betheiligung einen Verlust des oben angegebenen Betrages zur Folge gehabt habe. Den Beklagten gegenüber, welche leugneten, daß die hamburgische Firma die Betheiligung übernommen habe, und diese letztere der londoner Firma beimaßen, befand sich der Kläger, seiner allgemeinen processualischen Stellung nach, in der Lage, den Beweis der von

ihm aufgestellten Behauptung führen zu müssen. Um dieser Beweislast zu entgehen, und zwar in der Absicht, sofort zur definitiven und seinen Anträgen entsprechenden Erledigung dieses Punktes zu gelangen, hat der Kläger drei auf die Eingehung des Geschäfts bezügliche Briefe aus dem Jahre 1855, zwei von George Hughes, einen von ihm selbst geschrieben, vorgelegt, aus welchen nach seiner Meinung sich ergebe, daß das hamburgische Etablissement Mit-Interessent an dem Geschäft geworden sei.

Das Handelsgericht hat in gewöhnlicher Art auf Beweis und Gegenbeweis erkannt, weil nach seiner Ansicht aus den vorgelegten Briefen nicht ohne Weiteres zu erkennen sei, ob Hughes für Hughes, Stobart & Co. in Hamburg oder für J. M. Stobart & Co. in London contrahirt habe. Der Kläger hat hiergegen vor dem Obergericht Beschwerde darüber geführt, daß nicht die Betheiligung des hamburgischen Hauses schon auf Grund der vorgelegten Correspondenz als feststehend angenommen, eventualiter, daß nicht wenigstens den Beklagten die Beweislast in der Richtung zugetheilt worden sei, daß G. Hughes das in Rede befindliche Geschäft für die londoner Firma geschlossen habe. Das Obergericht hat die Principalbeschwerde des Klägers verworfen, auf Grund des Eventualantrages aber den Beklagten beantragtermaßen die Beweislast aufgelegt, wobei diese Letzteren sich beruhigt haben.

Wenn nun der Kläger gegenwärtig seine Principalbeschwerde voriger Instanz wiederholt, eventualiter aber eine Veränderung der Beweisfassung beantragt, so ist

1. anlangend die Principalbeschwerde

a) deren formelle Zulässigkeit nicht zu bezweifeln. Denn, wenngleich Handelsgericht und Obergericht übereinstimmend angenommen haben, daß die Briefe qu. den in Rede stehenden Umstand nicht definitiv in Gewißheit brächten, so liegt doch hierin nur eine wirkungslose, weil negative, Conformität. Die Frage, die den Gegenstand der richterlichen Beurtheilung bildete, welche Wirkung den vorgelegten Corre-

spondenzstücken beizumessen sei, ist dagegen von den früheren Richtern in verschiedener Weise beantwortet worden. Das Handelsgericht wurde durch die Briefe nicht dazu bestimmt, von der gewöhnlichen Behandlung bestrittener und des Beweises bedürftiger Punkte abzuweichen; das Obergericht veränderte dagegen die Beweislast. Es liegt hiernach keinerlei positive Uebereinstimmung der Auffassungen der früheren Richter vor.

b) In Betreff des Materiellen steht es rechtskräftig gegen die Beklagten fest, daß eventualiter ihnen die Beweislast in Betreff des streitigen Punktes obliege, so daß von der Frage, ob zu deren Veränderung ausreichende Gründe vorhanden gewesen seien, abgesehen werden kann. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob in den vorgelegten Schreiben eine genügende Veranlassung liege, um nicht einmal die Beklagten zu der Beweisführung der Nichtbetheiligung der hamburgischen, der Betheiligung der londoner Firma, zuzulassen.

Dies ist zu verneinen. Die drei Briefe lassen freilich darüber keinen Zweifel, daß der Kläger nur für die Hälfte des aus dem Hopfengeschäft sich ergebenden Resultates betheiligt sein sollte, — ein Punkt, welcher ohnehin nicht streitig ist, — sie geben aber keine Gewißheit darüber, ob er wegen des eventuellen Ueberschusses oder Ausfalls mit dem Georg Hughes persönlich, oder mit der hamburgischen oder mit der londoner Firma ein a conto meta-Geschäft eingegangen ist. Die Correspondenz war eine sogenannte Privatcorrespondenz des Hughes mit dem Kläger. Hughes unterzeichnete mit seinem eigenen Namen, sowie auch der Brief des Klägers an „Hughes" persönlich, nicht an Hughes Stobart & Co. gerichtet war. Der Name dieser Firma kommt in den beiden Briefen des Hughes überhaupt nicht vor, und die Worte, durch welche der künftige Mit-Interessent des Klägers bezeichnet worden ist:

„Ich würde gern die Hälfte für meine Rechnung übernehmen."

„Nehmen Sie den Rest für mich“
„Gern würde ich das Geschäft mit Ihnen a conto meta machen“

lassen keinen sicheren Schluß auf eine der oben angegebenen drei Alternativen zu, vielmehr ist nach dem Inhalt der Briefe dieser Punkt ein unbestimmt gebliebener. Diese Unbestimmtheit hat auch nichts Auffallendes. Zu der Zeit, als die drei Schreiben gewechselt wurden, in der ersten Hälfte des Jahres 1855, dachte sicherlich keiner der Betheiligten daran, daß es für den Kläger von Interesse sein werde, ob derselbe sich, wenn etwa auf das Geschäft ein Verlust sich ergeben sollte, an die Activa des hamburgischen Hauses, oder an diejenigen des londoner Hauses, oder nur an den Hughes persönlich, zu halten habe. Und andererseits, die Beziehung des Hughes zu der Angelegenheit anlangend, war es für denselben schwerlich von Interesse, ob das hamburgische oder das londoner Haus berechtigt und verpflichtet werde; denn er war, wie bemerkt, Theilhaber beider Etablissements neben dem Stobart. Ist aber anzunehmen, daß von den Schreibern und resp. Adressaten der in Betracht gezogenen Briefe der Punkt, auf welchen es gegenwärtig ankommt, überhaupt nicht in Erwägung gezogen worden ist, so können auch jene Briefe für eine bestimmte Auffassung desselben nicht als Beweis dienen.

Nach dem Wortverstande der Briefe würde man eine Betheiligung des Hughes für seine Separatrechnung als beantragt und bewilligt anzunehmen haben. Sieht man von dieser Auffassung ab — wie dieselbe denn von keinem Theile für die richtige erklärt wird —, so spricht in erheblicher Weise nichts mehr für die Betheiligung der hamburgischen als der londoner Firma. Diese letztere blieb keineswegs unerwähnt. Nicht nur war es (unbestrittenermaßen) einverstanden zwischen Hughes und dem Kläger, daß der Hopfen zum Verkauf an das londoner Haus gesandt werden sollte, wovon dann eine nothwendige weitere Folge war, daß dies Haus auch die Abrechnung zu geben hatte, wobei das a conto meta-Verhältniß mit berücksichtigt werden mußte,

sondern Hughes sprach von dem londoner Hause, als dem „seinigen,"

„warten Sie meine genaueren Berichte von Stobart & Co. ab."

Ferner führen auch folgende Sätze der Hughesschen Briefe auf das londoner Etablissement, oder doch mit auf dasselbe hin:

„Geben Sie den Betrag auf hier oder London per 3 Monat ab."

„Unser Hopfengeschäft fängt an lebhaft zu werden. Die Monate August bis October werden gewiß in London sehr hitzig sein."

Der Kläger sucht seine auf die ausschließliche Betheiligung des hamburgischen Hauses hinführende Auslegung auch darauf zu stützen, daß er bis zur Zeit der Correspondenz überhaupt nur mit dem hamburgischen Hause in Geschäftsverbindung gestanden habe, und nur mit Hughes, sowie mittelbar der hamburgischen Firma, befreundet gewesen sei. Auf diese Anführungen kann aber kein Gewicht gelegt werden, da sie unbewiesen sind, und es bei dem Verlangen des Klägers, mit den Briefen qu. sofort durchzubringen, nur auf unstreitige oder vollständig bewiesene Umstände ankommen kann.

Endlich würde der Realisirung der Eventualbeschwerde die Erwägung entgegenstehen, daß in keinem Falle Genügendes zu Gunsten des Klägers hier vorliegt, um einen Gegenbeweis gegen die Correspondenz als unmöglich erscheinen zu lassen.

2) Der Eventualantrag des Klägers geht dahin, den Beklagten, statt des vom Obergericht dahin formulirten Beweises:

„daß das in der (mehrerwähnten) Correspondenz gedachte Hopfengeschäft für die Firma J. M. Stobart & Co. in London abgeschlossen worden sei,"

den Beweis von

„Thatsachen aufzulegen, welche den aus der Correspondenz sich ergebenden Schluß, daß Hughes mit der hamburgischen Firma in das Geschäft a conto meta habe eintreten, und

der Kläger der hamburgischen Firma halben Antheil am Gewinn und Verlust habe einräumen wollen, als unrichtig erscheinen ließen, und die Behauptung rechtfertigten, daß das Gemeinschafts-Verhältniß für das londoner Haus erbeten und von dem Kläger bewilligt worden sei."

Geht man von der durch das Obergericht seinem Erkenntniß zu Grunde gelegten und nunmehr rechtskräftig gegen die Beklagten festgestellten Auffassung aus, daß diesen Letzteren die Beweislast aufzulegen sei, so ist es freilich dem Kläger zu verstatten, die obergerichtliche Formulirung des Beweissatzes zum Gegenstande der Beurtheilung des Ober-Appellations-Gerichts zu machen, allein die gegenwärtig von ihm aufgestellte Beschwerde muß für grundlos erachtet werden. Die Obergerichts-Fassung enthält nichts, was der Sachlage nicht entspräche oder zu unrichtigen Consequenzen führen könnte. Andererseits würde die vom Kläger beantragte Beweisanordnung nicht gebilligt werden können. Entweder würde darin nichts Besonderes liegen, so daß im Wesentlichen doch die einfache Beweisauflage „Betheiligung der londoner Firma" als vorliegend anzunehmen wäre, oder den Beklagten würde vorgeschrieben werden, den Beweis auf künstlichem Wege zu führen, worin eine unstatthafte Beschränkung des ihm zuständigen Rechtes beliebiger Beweisführung, z. B. durch Eideszuschiebung über das Beweisthema, zu erblicken wäre.

Hiernach ist, den hier in Rede stehenden Streitpunkt anlangend, sowohl die Principal- als auch die Eventualbeschwerde zu verwerfen.

II. Der zweite vom Kläger an das Ober-Appellations-Gericht gebrachte Streitpunkt betrifft ein Geschäft über 300 Last Roggen. Der Kläger hatte die Waare durch die Beklagten für seine Rechnung einkaufen lassen. Während der Roggen unter den Beklagten lagerte, verpfändeten diese, durch Geldklemme hiezu veranlaßt, die Waare gegen ein Darlehn von Bco. ℔ 25,000. Der Pfandgläubiger, von den Beklagten nicht rechtzeitig befriedigt, brachte die Waare unter so ungünstigen Umständen zum öffentlichen Verkauf, daß nach der An-

gabe der Beklagten ein Verlust von Bco. ℔ 21,639. 8 ß auf selbige sich ergeben hat, welchen Verlust die Beklagten dem Kläger zur Last bringen.

Der Kläger hat die Verpfändung und deren Folgen als ihn nicht angehend bezeichnet und sich demgemäß gänzlich von dem Geschäft loszusagen versucht. In der nämlichen Richtung hat er sich auf ein im März 1858 von dem Hughes ihm zugekommenes Schreiben bezogen, in welchem es ihm freigestellt worden sei, entweder den oben erwähnten Verkauf des Roggens als für seine Rechnung geschehen anzuerkennen, oder das gesammte Geschäft den Beklagten zu überlassen. Die Beklagten haben dagegen behauptet, der Kläger habe die Verpfändung des Roggens vorher genehmigt, auch später die Verkaufsrechnung über denselben, ohne dagegen Monita zu erheben, entgegengenommen, so daß er mit Einwendungen gegen den Verkauf nicht mehr hervortreten könne; jedenfalls berechtige ihn der geschehene Verkauf nicht dazu, sich gänzlich von dem Geschäft loszusagen, er könne eventuell nur Creditirung des Betrages verlangen, der ordentlicher Weise aus der Waare hätte gelöset werden können. Dem Schreiben des Hughes sprechen die Beklagten Wirksamkeit ab, da dieses nach erfolgter Insolvenzerklärung ohne Zustimmung der Mitadministratoren dem Kläger zugängig gemacht worden sei.

Das Handelsgericht hat sich dahin ausgesprochen, daß der erwähnte Hughessche Brief, wenn ohne den Consens der beklagtischen Mitadministratoren geschrieben, wirkungslos sei, falls aber dieser Consens erfolgt wäre, den Kläger berechtigen würde, sich von dem Geschäft loszusagen. Abgesehen hiervon würde der Kläger auf Schadensansprüche beschränkt sein; indessen fielen auch diese hinweg, wenn die Beklagten beweisen würden, entweder, daß der Kläger zu der Verpfändung seine Zustimmung gegeben, oder daß er die ihm zugestellte Verkaufsrechnung ohne Monitur behalten habe. Dem Kläger wurde freigestellt, den Beweis der Zustimmung der Mit-Administratoren zu führen.

Gegen dieses Handelsgerichts-Erkenntniß hat der Kläger bei dem Obergerichte die Beschwerde erhoben, principaliter, daß in Betreff des Roggengeschäfts nicht ohne Weiteres auf Zurückweisung des beklagtischen Anspruches erkannt, und nicht wenigstens von dem geschehenen Verkauf ganz abgesehen und den Beklagten die Belastung des Klägers mit dem Einkaufspreise des Roggens nur gegen Anbietung der Waare in contractmäßiger Beschaffenheit verstattet, eventualiter, daß die Beklagten zu dem Beweise der moniturlosen Entgegennahme der Verkaufsrechnung zugelassen und nicht dagegen dem Kläger der Beweis verstattet worden sei, von Hughes die Zur-Dipositionsstellung der Waare verlangt zu haben.

Das Obergericht hat auf diese Beschwerden des Klägers nur in einem Punkte reformatorisch zu dessen Gunsten erkannt, indem es den Beweisnachlaß an die Beklagten, daß der Kläger die Verkaufsrechnung ohne Monitur entgegengenommen habe, beseitigte. Im Uebrigen ist das Obergericht, wie ausdrücklich in seinem Erkenntnisse ausgesprochen worden ist, „der Auffassung des Handelsgerichts beigetreten."

Wenn unter diesen Umständen der Kläger im Wesentlichen seine Beschwerden voriger Instanz, mit Ausnahme der einen Beschwerde, welcher das Obergericht abgeholfen hat, vor dem Ober-Appellations-Gericht wiederholt, so unterliegt die Unzulässigkeit dieser Berufung keinem Zweifel, da die Beschwerden durch conforme Entscheidungen der früheren Richter rechtskräftig verworfen worden sind.

---

88. Hamburg.

P. Rottorf in Spadenland, Kläger, wider die **Landherrenschaft der Marschlande,** Beklagte, Gerichtszuständigkeit betreffend.

Zur Beurtheilung der Frage, ob eine polizeiliche Verfügung als Ausspruch einer richterlichen Behörde aufzufassen sei.

Rechtsfall. Dem Kläger, welcher seiner Angabe nach seit mehr denn 20 Jahren mit Rechtstitel und in gutem Glauben Holz auf dem Deich und auf dem sogenannten Korten Land gelagert hatte, ging unter dem 13. Mai 1865 ein polizeilicher Befehl des Landherrn der Marschlande zu, das fragliche Holz bei 5 ℔ Strafe fortzuschaffen, und in Folge weiteren Befehls ist sodann von dem Voigt und den Deichgeschwornen die Fortschaffung vorgenommen und das Holz öffentlich verkauft worden. Der Kläger, welcher dadurch einen Schaden zum Betrage von Ct. ℔ 328. 12 ß erlitten haben wollte, hat darauf gegen Voigt und Deichgeschworne eine Klage auf Ersatz bei der Prätur angestellt, welche jedoch, weil die Landherrenschaft die in Anspruch zu nehmende Behörde sei, rechtskräftig abgewiesen ist. Im Juli 1868 stellte nunmehr der Kläger eine Schadensklage gegen die Landherrenschaft und zwar vor dem Niedergerichte an, indem er außer den erwähnten Crt. ℔ 328. 12 ß noch Crt. ℔ 1000. aus dem Grunde verlangte, weil ihm in Folge des gegen ihn stattgehabten unrechtmäßigen Verfahrens der Credit für seine Holzeinkäufe abgeschnitten sei, was ihm für die abgelaufenen drei Jahre einen Verlust von mindestens Crt. ℔ 1000. verursacht habe.

1) Das Niedergericht

wies die Klage unter dem 12. October 1868 ab, und motivirte seine Entscheidung dahin:

Der Kläger fordere Schadensersatz dafür, daß ihm im Sommer 1865 eine Parthie Bohnenstangen abgepfändet und auf Verfügung des Landherrn öffentlich verkauft worden seien. Nun seien die landherrlichen Befehle vom 13. Mai und 1. Juni 1865, durch welche dem Kläger aufgegeben sei, sein auf dem Deich, resp. auf einem Vorland des Deiches lagerndes Holz von dort wegzuschaffen, an sich schon als deichpolizeiliche Maßregeln der gerichtlichen Cognition entzogen. Es komme übrigens hier nicht sowohl auf jene Befehle, als vielmehr auf das landherrliche Erkenntniß vom 8. Juli 1865 an, welches die vom Voigt geschehene Pfändung

gebilligt und für den Fall der Nichteinlösung den öffentlichen Verkauf des Holzes angeordnet habe. Dieses Erkenntniß stelle sich als die richterliche Entscheidung einer Polizeibehörde dar, indem es gegen den dem Befehle vom 1. Juni nicht nachgekommenen Kläger eine Ungehorsamsstrafe verfügt habe. Nach §§ 2 und 4*) des provisorischen Gesetzes vom 12. Aug. 1859, betreffend das Verfahren in streitigen Verwaltungs- und Regierungssachen habe innerhalb 10 Tagen die Berufung an das Obergericht gegen diese Entscheidung erfolgen müssen, eine gerichtliche Belangung der Behörde wegen solcher richterlichen Entscheidung sei dagegen unzulässig. Uebrigens würde die angestellte Klage auch keinenfalls vor das Niedergericht gehören, da es an der hierzu erforderlichen Competenzsumme (500 ℳ) fehle. Der Kläger selbst nämlich habe früher in seinen Eingaben den Werth des Holzes für so gering erklärt, daß der Fuhrlohn, um dasselbe fortzuschaffen, jenen Werth übersteigen werde, und noch vor 1½ Jahren habe er seinen Schaden nur auf Crt. ℳ 328. 12 ß berechnet, wovon noch der Netto-Erlös des Holzes mit Crt. ℳ 102. 1 ß in Abzug zu bringen sei.

2. Das Obergericht

dagegen verwarf die vorgeschützte proceßhindernde Einrede der Incompetenz und wies die Sache unter dem 27. Nov. 1868

*) § 2. Gegen die richterliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde kann, als gegen ein Urtheil erster Instanz, innerhalb 10 Tagen von der erfolgten Kundmachung die Beschwerde an das Obergericht eingelegt werden, insofern nicht nach den Gesetzen eine solche Berufung überhaupt unzulässig, oder bereits eine andere gerichtliche Instanz dafür angeordnet ist. Bestätigt das Obergericht das Erkenntniß der Verwaltungsbehörde, so hat es dabei sein Bewenden. Reformirt es dasselbe, — was indeß nicht geschehen kann, ohne daß vorher der Verwaltungsbehörde die Gelegenheit gegeben wurde, sich darüber vernehmen zu lassen, so ist binnen 10 Tagen die Einleitung eines Restitutionsverfahrens beim Obergerichte als letzte Instanz zulässig. — — —

§ 4. Die Verwaltungsbehörden können, ohne daß es einer besonderen Erlaubniß dazu bedarf, von Jedem, der sich durch ihre nicht richterlichen Verfügungen in seinem Privatrechte verletzt glaubt, auf Abhülfe oder Entschädigung gerichtlich belangt werden. — —

an das Niedergericht zur ferneren Verhandlung und Entscheidung zurück.

Eine Abweisung der Klage aus dem Grunde, weil dieselbe, obschon auf Crt. ℔ 1328. 12 ß gerichtet, vor einem ratione summae incompetenten Gerichte angestellt sei, rechtfertige sich jedenfalls zufolge l. 19 § 1 D. de iurisd. (2, 1*) nicht. Es komme mithin nur darauf an, ob hier richterliche Verfügungen der Landherrenschaft vorlägen, was in dem vorliegenden Fall zu verneinen sei, und wobei auch der Umstand, daß es sich um Ausübung der Deichpolizei gehandelt habe, keinen Unterschied machen könne, insofern hierbei keine anderen Grundsätze als bei jedem anderen Zweige der Polizei und Verwaltung zur Anwendung kämen. Die Beurtheilung der Frage, ob der Kläger durch die Maßregeln der Landherrenschaft in seinem Privatrecht habe verletzt werden können und darin wirklich verletzt sei, habe somit zufolge § 4 des Gesetzes vom 12. Aug. 1859 und § 16 des provisorischen Justizgesetzes vom 28. September 1860**) von den Gerichten, zunächst erster Instanz, zu erfolgen.

---

*) Quotiens de quantitate ad jurisdictionem pertinente quaeritur, semper quantum petatur quaerendum est, non quantum debeatur.

**) § 16. Als richterliche, nach Maßgabe § 2 des provisorischen Gesetzes vom 12. August 1859 in zweiter Instanz an das Obergericht erwachsene Entscheidungen einer Verwaltungsbehörde sind insbesondere nicht anzusehen:

1) die Verhängung einer Contumacialstrafe, welche in einem, an eine bestimmte Person vorher ergangenen administrativen Befehle oder Verbote (also nicht in einem der Berufung an das Obergericht unterzüglichen Erkenntnisse) als Präjudiz für die Nichtbefolgung angedroht war;

2) — — — —

3) — — — —

Beschwerden gegen derartige Verfügungen sind als Beschwerden in Verwaltungssachen nach § 3 des provisorischen Gesetzes vom 12. August 1859 zu behandeln, und können mithin auf Grund des in jenem § 3 angezogenen § 4, sofern es sich um Beschwerden wegen verletzter Privatrechte handelt, in Form einer Klage vor die Gerichte, zunächst erster Instanz, gebracht werden.

3) Vom Ober-Appellations-Gericht

erging unter dem 23. October 1869 ein bestätigendes Erkenntniß mit den folgenden

Entscheidungsgründen.

Die Beklagte beschwert sich über die von dem Obergerichte erkannte Verweisung der Sache zur weiteren Verhandlung, und verlangt, daß das Erkenntniß des Niedergerichts, welches den Kläger unter Verurtheilung in die Kosten ab- und zur Ruhe verwiesen hat, wieder hergestellt werde. Die von diesem erkannte Abweisung hat einen zwiefachen Inhalt: einmal wird die Klage zurückgewiesen, weil ihr Gegenstand den Betrag nicht erreiche, welcher erforderlich ist, um die Zuständigkeit des Niedergerichts zu begründen; sodann aber, weil der erhobene Entschädigungsanspruch zur Verhandlung im Wege des Civilprocesses nicht geeignet sei. Und das wiederum aus einem doppelten Grunde: einmal, weil eine Deichsache vorliege; dann, weil mindestens die Verfügung der Landherrenschaft vom 8. Juli als eine richterliche und nicht als eine Entscheidung aufgefaßt werden dürfe, welche von dieser Behörde in administrativem Wege ergangen sei. Daraus ergebe sich alsdann von selbst, daß eine Beseitigung jener Entscheidung sich nur auf dem Wege eines Rechtsmittels, nicht aber auf dem einer Entschädigungsklage habe erreichen lassen.

Sämmtliche drei Gründe bedürfen mithin einer abgesonderten Prüfung. Anlangend nun

1) die Frage, ob sich schon jetzt annehmen lasse, der Entschädigungsanspruch sei in rechtswidriger Weise zu hoch berechnet, um auf diesem Wege die Zuständigkeit des Niedergerichts zu ermöglichen, so hat das Obergericht dieselbe, unter Bezugnahme auf l. 19 § 1 D. de jurisdict. 2, 1 mit Recht verneint. Denn einmal läßt sich keineswegs behaupten, der Kläger habe dadurch, daß er seinen Schaden bei der Landherrschaft und in den vor der Prätur geführten Rechtsstreiten auf Crt.ℳ 328. 12 ß veranschlagt, auf eine höhere Forderung ohne Weiteres verzichtet. Sodann aber würde es zu

weit gegangen sein, wenn man bei Beginn des Rechtsstreites die wegen Creditverlustes liquidirten Crt. ℳ 1000., ohne auch nur eine Verhandlung deshalb einzuleiten, abweisen, und das zu dessen Substantiirung beigebrachte Document in dem Sinne auffassen wollte, dessen Aussteller habe dem Kläger wegen seiner Proceßsucht den Credit versagt. Denn wenn sein Anspruch sich als begründet herausstellen sollte, so wäre der Vorwurf der Proceßsucht damit beseitigt, indem sich nicht behaupten läßt, daß eine Person, welche das Mißgeschick hat, ihr Recht verschiedentlich auf unrichtigen Wegen zu suchen, als proceßsüchtig zu bezeichnen sei. Es würde alsdann dereinst zur Beurtheilung des Richters stehen, ob die wegen jener Rechtsstreite verfügte Creditentziehung als eine vertretbare Folge der rechtswidrigen Handlung der Beklagten zu betrachten sei, welche den Rechtsstreit herbeigeführt, und, ob die veranschlagte Summe als sachgemäß zu betrachten sei. Wie ungünstig man aber auch immer nach diesen Richtungen hin den Anspruch des Klägers beurtheilen mag, seine sofortige Verwerfung würde nicht gerechtfertigt sein, und mithin durfte eine Unzuständigkeit des Niedergerichts nicht angenommen werden.

2) Daß der Entschädigungsanspruch eine Verfügung betrifft, welche in Bezug auf die Räumung eines Deiches ꝛc. ergangen ist, liegt zwar vor. Daß sie aber um deswillen noch nicht als Deichsache sich qualificiren lasse und der Vorschrift der Appellabilitätsverordnung § 1 lit. g. unterliege, war mit dem Obergericht ohne Weiteres anzunehmen.

Es kommt sonach darauf an, ob

3) die Landherrschaft bei den ergangenen Verhandlungen, insonderheit bei der Verfügung vom 8. Juli 1865, als richterliche Behörde thätig gewesen ist. Allein auch das mußte mit dem Obergericht in Abrede gestellt werden. Wenn eine Polizeibehörde, der die Fürsorge für gehörige Instandhaltung der zum allgemeinen Besten dienenden öffentlichen Anlagen u. w. d. a. obliegt, die Eingriffe von Privaten durch executivische Maßregeln zurückweist, sie mag in dieser Richtung

auf einseitigen Antrag der Unterpolizeibehörden oder einzelner Staatsangehöriger thätig werden, oder sie mag ihre Verfügungen treffen nach vorgängigem Gehör sämmtlicher Interessenten — die Polizeibehörde übt, so ähnlich ihre Thätigkeit auch immer der richterlichen sein mag, in der äußeren Form der Verhandlungen, der Regel nach nur eine administrative Thätigkeit aus. Wenn sie also ihren desfallsigen Befehlen durch Androhung von Zwangsmaßregeln oder Strafen Folge verschafft, so ergehen diese letzteren Verfügungen nicht von ihr als richterliche Behörde.

Vergl. § 16 Nr. 1 der Verordn. v. 28. Septbr. 1860. (Samml. der Verordn. pg. 146.)

Sie sind von den Strafen, welche die Polizei bei geringeren Vergehen verhängen konnte, wesentlich verschieden. Durch deren Verhängung übte sie eine strafrichterliche Thätigkeit aus, in dem vorliegenden Falle dagegen handelte sie nur als Verwaltungsbehörde. Als solche war sie nach der früheren Verfassung von Hamburg,

vgl. Appellabilitätsverordnung § 1 lit. c und d,

nicht verpflichtet, vor Gericht sich zu verantworten. Was in Ausübung eines Hoheitsrechtes geschah, war der Beurtheilung durch die Gerichte, die Organe eines anderen Hoheitsrechtes, entzogen. Dieser in manchen Ländern noch jetzt bestehende Zustand ist in anderen, welche die Idee des Rechtstaates mittelst neuer Verfassungen zu realisiren versucht haben, und insbesondere in Hamburg durch das Gesetz vom 12. August 1859, betreffend das Verfahren in streitigen Verwaltungs- und Regierungssachen § 4 (Verordn.-Samml. p. 172 und 173) aufgehoben; es sind auch die Behörden, insonderheit die Verwaltungsbehörden, sobald sie ohne Rechtsgrund mit ihren Verfügungen wohlerworbene Rechte von Privaten verletzen, vor den Gerichten Recht zu nehmen verpflichtet. Von vorne herein läßt es sich nun nicht beurtheilen, ob die von dem Kläger geltend gemachten Titel für das Lagern seines Holzes begründet, oder ob jenes Lagern nur auf einer Duldung oder Vergünstigung beruht. Die Landherrschaft ist daher zur

Zeit verbunden, sich auf den Rechtsstreit einzulassen. Sollte sich aber in dem Laufe des Rechtsstreites herausstellen, daß der erhobene Anspruch von dem Vorwurf der Frivolität betroffen werde, so bleibt es der Beklagten natürlich unbenommen, gegen den Kläger die betreffenden, den Rechten entsprechenden Anträge zu stellen.

Hamburg. 89.

Dr. **J. Wolffson** zu Hamburg, mand. noie. **Manuel Wolff** zu Ammersfoort, Kläger, wider **Martin Biehl** zu Bergedorf, Beklagten, Forderung betreffend.

Daß dem Käufer oder Besteller einer aus der Ferne abgesandten Waare die Pflicht obliege, für deren Conservirung selbst dann zu sorgen, wenn er gegen die Qualität Einwendungen zu erheben beabsichtigt, ist nicht erst durch das D. H.-Gesetzbuch festgestellt worden.

Rechtsfall. Gegen die auf Zahlung des Kaufpreises für eine dem Beklagten direct vom Kläger advisirte und mit Factura und Connossement zugesandte Waare gerichtete Klage wandte Beklagter ein, daß er mit dem Kläger in keinem obligatorischen Nexus stehe. Er habe dieselbe von den Agenten des Klägers, Brandes & Co. in Hamburg, als Selbstverkäufern gekauft, was von diesen Letzteren ausdrücklich anerkannt sei. Die Waare sei übrigens zum Theil unempfangbar gewesen und deßhalb theilweise refusirt worden, was gleichfalls von Brandes & Co. gutgeheißen sei.

Das Amtsgericht zu Bergedorf legte darauf unter dem 29. Januar 1869 dem Beklagten auf, zu beweisen:

daß er sich den Handlungsbevollmächtigten des Klägers, Brandes & Co., gegenüber geweigert habe, den Kläger als seinen Contrahenten bei diesem Geschäfte zuzulassen,

und daß Brandes & Co. zu dieser seiner Willensmeinung ihre Zustimmung ertheilt hätten;

eventualiter, daß bereits zu der Zeit, als die Gefahr der Waare auf den Beklagten überging, der von diesem aufgeschossene Theil der Waare der Probe nicht entsprochen habe;

oder, daß Brandes & Co. sich damit einverstanden erklärt hätten, daß dieser Theil vom Beklagten aufgeschossen und zurückgewiesen werde.

Das Obergericht dagegen erkannte unter dem 20. Mai 1869, daß Beklagter durch die Entgegennahme der ihm von dem Kläger advisirten und facturirten Waare mit diesem in obligatorischem Nexus getreten sein und zur Bezahlung des Preises an und für sich verpflichtet sein würde, wenn nicht ein von dem Kläger genehmigtes Uebereinkommen zwischen ihm, dem Beklagten, und Brandes & Co. dahin stattgefunden habe, daß er sich nur mit Letzteren wegen der Waare zu berechnen habe. Diese vom Kläger genehmigte Uebereinkunft müsse also Beklagter beweisen. Was sodann die Frage der Probemäßigkeit und Empfangbarkeit der Waare betrifft, so wird vom Obergerichte bemerkt, daß die Waare zwar während der Reise von Ammersfoort bis Bergedorf für Rechnung des Abladers ging, es aber auf die Empfangbarkeit nicht weiter ankomme, weil Beklagter durch sein eigenes Verhalten sich in die Lage versetzt habe, nunmehr als Empfänger der gesammten Ladung angesehen werden zu müssen. Er habe es nämlich versäumt, den aufzuschießenden Theil der Waare, wie es seine Pflicht gewesen wäre, unter sofortiger Advisirung des Absenders und unter Wahrung der etwanigen Rechte desselben gegen den Schiffer, zur Verfügung des Abladers auf Lager zu nehmen, und die Folgen dieses seines Verhaltens müsse er, Beklagter, nunmehr sich gefallen lassen, es sei denn, daß er, wie ihm das zu thun nachgelassen werde, beweise, daß Brandes & Co., und zwar unter Ermächtigung von Seiten des Klägers hierzu, ihn, den Beklagten,

autorisirt hätten, den aufzuschießenden Theil der Waare der Disposition des Schiffers zu überlassen.

Das Ober-Appellations-Gericht bestätigte unter dem 28. October 1869 die Obergerichtliche Entscheidung aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Bei der Entscheidung der unter den Parteien streitigen Sache war das bis zur Einführung des Handelsgesetzbuchs in Gültigkeit gewesene gemeine deutsche Handelsrecht zur Anwendung zu bringen, da zu der Zeit, als die Vorgänge statt fanden, welche zu dem vorliegenden Processe Veranlassung gegeben haben (im Sommer 1868), das Handelsgesetzbuch im Amte und Städtchen Bergedorf noch nicht publicirt worden war. Zur Anwendung eines anderen Rechtes aber, als des um die angegebene Zeit in Bergedorf gültigen, besteht kein Grund. Das Amtsgericht nimmt die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuches an, weil der Abschluß des Handels durch die in Hamburg geschehene Absendung des von Theodor Brandes & Co. am 1. Juli 1868 an den Beklagten gerichteten Schreibens bewirkt worden sei. Allein für die Frage, wo das in Rede stehende Geschäft zur Perfection gelangt und folglich, welches Recht zur Anwendung zu bringen sei, kommen die von dem Kläger zu Grunde gelegten factischen Angaben, nicht die davon abweichenden Erklärungen des Beklagten, in Betracht. Der Kläger hat nicht nur auf jenes Schreiben sich nicht gestützt, sondern im Gegentheil es als für ihn irrecognoscibel und in keinem Falle ihn angehend bezeichnet. Die Klage, insbesondere, wie sie replicando eine nähere Begründung erhalten hat, geht freilich davon aus, daß die Verhandlungen, welche das zwischen den Parteien zu Stande gekommene Kaufgeschäft zur Folge gehabt hätten, zwischen den Beklagten und Brandes & Co., den in Hamburg fungirenden Agenten des Klägers, geführt worden seien, allein sie nimmt weiter an, daß die Vorgenannten in Wirklichkeit den Verkauf in des Klägers Namen abgeschlossen haben, auch

in einer für den rechtlichen Charakter der späteren Waarensendung des Klägers erheblichen Weise nur so haben abschließen können; es komme indessen auf das Speciellere der vorgedachten Verhandlungen und auf etwa stattgehabte von dem Vorstehenden abweichende Erklärungen der Brandes & Co. deßhalb nicht an, weil jedenfalls spätere Vorgänge zwischen den Parteien selbst (Advisirung und Facturirung der Waare und Connossementsübersendung seitens des Klägers, als Selbstverkäufers, sowie Entgegennahme des so gesandten Connossements und später der Waare seitens des Beklagten auf Grund jener klägerischen Erklärungen) einen obligatorischen Nexus zwischen den Parteien direct herbeigeführt hätten. Bei der Beurtheilung der in solcher Weise näher begründeten Klage konnte vollends dem erwähnten Schreiben die demselben vom Amtsgerichte beigemessene Bedeutung nicht beigelegt werden; im Uebrigen aber bestand keine Veranlassung dazu, für die Beurtheilung des Verhältnisses des Klägers zum Beklagten ein anderes Recht, als das um die in Betracht kommende Zeit in Bergedorf gültig gewesene, zu Grunde zu legen. Ob hievon das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch in der Anwendung auf den vorliegenden Fall abgewichen wäre, kann auf sich beruhen bleiben.

Anlangend die Sache selbst und zwar

I. die in enger Verbindung mit einander stehenden beklagtischen Beschwerden 1) u. 2), so betreffen dieselben zunächst die Frage, ob ein obligatorischer Nexus zwischen den Parteien zu Stande gekommen sei (die vom Beklagten sogenannte Exceptio deficientis ligitimationis ad causam). Der Beklagte beschwert sich darüber, daß das Obergericht das Vorhandensein eines obligatorischen Nexus zwischen den Parteien bis auf Weiteres angenommen und ihm, dem Beklagten, nur den Beweis nachgelassen habe,

daß nach Uebereinkunft mit Brandes & Co. diese (und zwar nur diese) die actio venditi hätten haben sollen, daß auch dieselben zu solchem Vertrage vom Kläger autorisirt gewesen seien, oder daß Kläger denselben genehmigt habe,

während sofortige Abweisung der Klage, eventualiter Befreiung des Beklagten von jeder Beweispflicht, und Beweisauflage an den Kläger in Betreff des Contractabschlusses und der Lieferung contractmäßiger Waare, hätten ausgesprochen werden müssen.

1) Der Principalantrag (daß der Kläger sofort hätte abgewiesen werden müssen) wird auf zwei Momente gestützt,

a) darauf, daß der Kläger mit sich selbst in Widerspruch trete, wenn er in der Klagschrift den Entstehungsgrund des Obligationsnexus in die Verhandlungen zwischen Brandes & Co. und dem Beklagten lege, in der Replik aber die Verbindlichkeit des Beklagten aus den oben angegebenen Vorgängen mit dem Avisbriefe der Factura u. s. w. ableite;

b) auf den Inhalt der nach des Beklagten Ansicht vollbeweisenden und die Möglichkeit eines Gegenbeweises ausschließenden Correspondenzstücke Anl. A—C ad exceptiones.

In keiner dieser beiden Aufstellungen konnte dem Beklagten beigetreten werden.

Zu a. Ein Widerspruch liegt wohl darin, wenn Jemand in der Klage das Vorhandensein eines nach seiner Behauptung zwischen ihm und dem Beklagten bestehenden obligatorischen Nexus aus gewissen von ihm angegebenen Verhandlungen ableitet, in der Replik aber zur Beseitigung einer excipiendo von Bekl. jenen Verhandlungen gegebenen anderen Auslegung ein unter den Parteien später vorgekommenes Factum anführt, aus welchem, abgesehen von dem Grunde oder Ungrunde der exceptivischen Darstellung, der klagend geltend gemachte Contractsnexus abgeleitet werden könne. Speciell die hier vorliegenden Umstände anlangend, so besteht das replicando neu von dem Kläger angeführte nur darin, daß derselbe geltend gemacht hat, **wenn** die beklagtische Behauptung wahr sein sollte, daß Brandes & Co. durch eine im Verlauf der Verhandlungen dem Beklagten gemachte Erklärung die actio venditi dem Kläger entzogen und ausschließlich sich beigelegt hätten, so komme es, abgesehen von der fehlenden Berechtigung der Brandes & Co.

zu solchem Verfahren, doch aus dem Grunde hierauf nicht an, da der Kläger selbst später gegen den Beklagten unzweifelhaft zu erkennen gegeben habe, daß er als der Verkäufer handeln und behandelt werden wolle, und der Beklagte sich Dem conformirt habe. Ein Widerspruch auf Seiten des Klägers liegt hierin nicht.

Der Beklagte bringt indessen das in Rede stehende Verhältniß auch unter den Gesichtspunkt der libelli mutatio. Das Klagerecht und der Inhalt des Klageanspruchs sind jedoch unverändert geblieben, und das in der Replik hinzugekommene neue Moment enthält nur ein Vorbringen, welches, wie soeben bemerkt worden, zur Beseitigung eines excipiendo vorgebrachten Einwandes erforderlich oder dienlich erschien. Uebrigens hat der Beklagte gegen die Zulässigkeit der rechtlichen Benutzung des in Rede stehenden Moments — das Factische desselben war schon in der Klage durch Vorlegung des Advisbriefes, der Factura und des Connossementes, sowie durch die Anführung, daß der Beklagte diese ihm zugesandten Documente entgegengenommen habe, vorgebracht — keine Einwendungen erhoben, dasselbe vielmehr als processualisch unbedenklich behandelt und nur dessen materielle Unzulänglichkeit zu zeigen versucht.

Zu b. Die von dem Beklagten beigebrachte Correspondenz mit Brandes & Co. ist schon wegen des Umstandes ungeeignet, gegenwärtig einen entscheidenden Einfluß auf die Beurtheilung der Sache auszuüben, weil sie vom Kläger nicht anerkannt worden ist; außerdem deshalb, weil durch die um die betreffende Zeit zwischen dem Beklagten und Brandes & Co. gewechselten Schreiben eine spätere Modificirung des Rechtsverhältnisses, nämlich die Herbeiführung eines directen Obligations-Nexus zwischen den Parteien selbst, nicht ausgeschlossen wurde. Es ist hiernach nicht erforderlich auf den Inhalt der Correspondenz einzugehen.

2) Der Eventual-Antrag des Beklagten ist gegen die Annahme des Obergerichts gerichtet, daß die widerspruchslose Entgegennahme des klägerischen Advisbriefes und der

Factura, sowie die Aneignung und spätere Geltendmachung des Connossements seitens des Beklagten diesen in die Lage gebracht hätten, sich dem Kläger gegenüber als Käufer behandeln zu lassen, wenn nicht etwa Brandes & Co. auf Grund einer speciellen Ermächtigung oder unter nachfolgender Genehmigung des Klägers sich die Stellung der Verkäufer und demnächst zur Geltendmachung der Kaufgeldforderung Berechtigten ausbedungen haben sollten. Wäre dies geschehen, so würde der Beklagte nach der Ansicht des Obergerichts unbedenklich dem Inhalt des Avisbriefes und der Factura als in einem hier unerheblichen Widerspruche mit dem auch vom Kläger gewollten Inhalt des zwischen dem Beklagten und Brandes & Co. geschlossenen Contracts stehend anzusehen und das Connossement als zur Erfüllung einer von Diesen übernommenen Verbindlichkeit durch den Kläger ihm zukommend zu betrachten und entgegen zu nehmen berechtigt gewesen sein. Dieser Auffassung gegenüber will der Beklagte der mehrgedachten Thatsache der Sendung des Avisbriefes u. w. d. a. gar keine Bedeutung beigemessen und, da er das Zustandekommen eines Kaufcontracts zwischen ihm und dem Kläger geleugnet hat, diesem in gewöhnlicher Art den Beweis des letzteren aufgelegt wissen.

Eine Berücksichtigung der Umstände des vorliegenden Falles führt indessen auf die vom Obergerichte ausgegangene Auffassung hin.

Zuvörderst ist die Aufstellung des Beklagten grundlos, daß die bloße „Agenten-Qualität" der Brandes & Co. im Verhältniß zu deren auswärtigen Principal (dem Kläger) sie berechtigt habe, durch Stipulirung des ihnen zustehenden Rechts auf die Kaufgeldforderung wegen der von dem Principal zu sendenden Waare sich zum Disponenten über den diesem gehörigen Vermögenswerth zu machen. Weder ist der „Agent" als solcher allgemeiner Handlungsbevollmächtigter des Principals, noch liegt es in der Agentenstellung, insbesondere, daß eine Ermächtigung der vorgedachten Art als in der Natur derselben liegend anzunehmen wäre. Im Gegen-

theile mit dem Obergerichte würde die Statuirung einer derartigen Autorisation der Agenten als etwas höchst Bedenkliches und Exorbitantes angesehen werden müssen.

Nun ist es im Factischen unbestritten, daß es dem Beklagten bekannt gewesen ist, Brandes & Co. wären die Agenten des Klägers und verkauften für diesen die Waare. Nicht nur hatte der Beklagte schon früher Geschäfte mit dem Kläger gemacht, welche durch Brandes & Co. für diesen vermittelt worden waren, sondern nach seiner, des Beklagten, eigenen Angabe hatten Brandes & Co. auch den hier in Rede stehenden Handel ausdrücklich im Namen des Klägers schließen wollen und nur auf besonderes Verlangen des Beklagten sollen sie nach dessen Behauptung hievon abgestanden sein und sich zur persönlichen Uebernahme der Verkäuferstellung verstanden haben. Gesetzt dies wäre geschehen, so mußte der Beklagte sich sagen, daß die darin liegende Aneignung der Disposition über den betreffenden dem Kläger gehörigen Vermögenswerth seitens der Brandes & Co. nur dann statthaft sei, wenn jener, der Kläger, seine Genehmigung zu derselben ertheilt habe oder sie nachträglich ertheilen würde.

Unzweifelhaft führte aber der Inhalt der von dem Kläger dem Beklagten zugängig gemachten Schriftstücke darauf hin, daß der Kläger keine Abweichung von dem gewöhnlichen Verlaufe eines Waarenkaufes aus der Ferne eintreten lassen wolle. Die Factura weicht in keinem Stücke von der gewöhnlichen Form kaufmännischer Rechnungen ab, welche letzteren gerade den Zweck haben, den Aussteller als denjenigen zu bezeichnen, welcher den berechneten Belauf zu fordern befugt sein solle. Einer nicht an den Kläger, sondern an Brandes & Co. zu leistenden Zahlung geschieht in der Factura keine Erwähnung. Das vorstehend angegebene Verständniß der letzteren wird vollends durch den Avisbrief außer Zweifel gesetzt, in welchem der Kläger bemerkte,

„die Qualität und der Preis der Waare werde den Beklagten bestimmen, ihm, dem Kläger, fernere Ordres zu ertheilen.“

Endlich ließ auch das an die Ordre des Klägers gestellte Connossement den Gedanken nicht aufkommen, daß dieser nicht sich als den Disponenten der Ladung ansehen lassen, nicht die Forderung auf den Kaufpreis selbst erwerben, sondern statt seiner einen Dritten in die Ausübung der Rechte des Verkäufers treten lassen wolle.

Nahm unter solchen Umständen der Beklagte das auf Grund des Avisbriefes und der Factura vom Kläger ihm zugesandte Connossement entgegen, ohne gegen diesen zu äußern, daß er die Uebertragung zurückweise, wenn sie nicht zur Erfüllung einer von Brandes & Co. übernommene Leistung dienen solle, so brachte er sich in die Lage, gleichviel ob die nach seiner Behauptung durch die Letztgenannten ihm gemachte Zusage statt gehabt haben mochte oder nicht, den Kläger als seinen Verkäufer gelten lassen zu müssen.

Die Berufung des Beklagten darauf, daß Brandes & Co. ihm früher geschrieben hätten, die Verladung werde durch den Kläger geschehen und, falls ihm von denselben Papiere zukommen sollten, geschehe Alles unter ihrer (Brandes & Co.) Haftbarkeit, ist, wie keiner Ausführung bedarf, der oben angegebenen Sachlage und dem klaren Inhalte des Avisbriefes und der Factura gegenüber unerheblich.

Wie aus dem Vorstehenden sich ergiebt, hat das Obergericht dem Kläger mit Recht die Stellung des zur Geltendmachung der Verkaufsklage Berechtigten für den Fall zugesprochen, wenn der Beklagte nicht die oben berührten Beweise der Ermächtigung der Brandes & Co., oder nachfolgender klägerischer Einwilligung in die Zusage der letzteren, führen würde.

Einen anderen Gegenstand des in der zweiten Beschwerde liegenden Eventualantrages bildet

II. der Punkt, ob das Obergericht mit Grund dem Beklagten das Recht auf die Monitur gegen den von ihm zurückgewiesenen Theil der Waare abgesprochen, also nicht auf klägerischen Beweis hinsichtlich der Beschaffenheit desselben erkannt, sondern nur dem Beklagten den Beweis nachgelassen

habe, von Brandes & Co. in einer für den Kläger verbindlichen Weise zu seinem Verfahren in Betreff der Ladung ermächtigt worden zu sein.

Auch in Betreff dieses Gegenstandes ist die Beschwerde für unbegründet zu halten.

Das Verhalten des Beklagten — welcher, wie zufolge des Obigen anzunehmen ist, dem Kläger gegenüber die Pflichten eines Käufers zu erfüllen hatte — bestand darin, daß er zwar dem Kläger von dem seiner Ansicht nach contractwidrigen Zustande eines Theils der von diesem übersandten Waare sofort Anzeige machte, für die Aufnahme und Conservirung desselben aber keine Veranstaltung traf, ja sogar dadurch, daß er dem Schiffer die Fracht und die durch ihn veranlaßten Ueberliegegelder vorenthielt, diesen in die Lage brachte, den ihm nicht abgenommenen Theil der Waare, um sich derselben zu entledigen zu der ihm gebührenden Fracht u. w. d. a. zu gelangen, zum öffentlichen Verkauf zu bringen. Auf diese Weise ist der gedachte Theil der Ladung dem Kläger nicht etwa nur für die erforderliche Verhandlung darüber, ob die beklagtischen Einwendungen begründet seien oder nicht, entzogen, sondern selbst für den Fall, daß diese Einwendungen gerechtfertigt gewesen sein sollten — in welchem eine Rückgabepflicht des Beklagten an den Kläger eingetreten wäre —, ist die Waare dem Kläger definitiv verloren gegangen.

Nun ist es nicht etwa ein Satz erst des neuen Rechts, daß der Käufer oder Besteller einer aus der Ferne ihm zugeführten Waare diese selbst dann aufnehmen und für deren Conservirung im Zustande der Integrität sorgen muß, wenn er Einwendungen gegen deren Contractmäßigkeit erheben sollte (H.-G.-B. art. 348), sondern das neue Recht hat in diesem Punkte nur einen schon früher gültig gewesenen Satz beibehalten.

Lüb. Grk. Mounsey Janson & Co. w. Krüger & Co. 1856. (Wunderlich Bd. 2 S. 29.)

Nur besondere Gründe sind geeignet den Käufer oder Besteller von dieser Pflicht zu befreien.

Im vorliegenden Falle bestanden keine das Verfahren des Beklagten rechtfertigende Gründe. Die Behauptung desselben, der Schiffer habe als Bevollmächtigter des Klägers zum Zwecke der Conservirung des vom Beklagten zurückgewiesenen Theils der Waare und der weiteren Verfügung über dieselbe angesehen werden dürfen, verdient keine Widerlegung. Ferner ist auch die Berufung des Beklagten darauf grundlos, daß der Schiffer, wenn er im Destinationsplatze keinen zur Abnahme der Waare bereiten Adressaten finde, zwar so viel von der Waare, wie zur Deckung der Fracht erforderlich, verkaufen dürfe, den Rest aber für Rechnung des Abladers auflegen müsse. Diese, für den Ablader meistens sehr nachtheilige Eventualität soll gerade durch die dem Käufer und resp. Besteller aufgelegte Pflicht der Fürsorge für die nicht genehmigte Waare abgewendet werden. Nicht minder hinfällig ist es, wenn der Beklagte behauptet, er habe dem Schiffer die Fracht nicht zahlen dürfen. Es lag ihm den damaligen Umständen nach ob, zu untersuchen, ob aus der Beschaffenheit der Waare oder irgend welchen besonderen Umständen mit Grund der Einwand abgeleitet werden könne, daß der Schiffer sich etwas habe zu Schulden kommen lassen. Darüber, daß Derartiges vorgelegen habe, hat der Beklagte keine irgendwie substanziirten Angaben gemacht. Auch wurde der Beklagte nicht etwa durch die Größe der zu zahlenden Fracht gefährdet. Er hatte 38292 ℔ oder circa 300 Malter Borke empfangen, für welche er fast Bco. ℳ 1900. schuldete, während die Fracht nur 385 fl. oder Bco. ℳ 440. betrug.

Endlich ist auch die Nähe des Wohnorts der klägerischen Agenten, Brandes & Co., Hamburgs, in Beziehung zu Bergedorf ohne Erheblichkeit. Es gehört nicht zum Geschäftskreis eines Geschäftsvermittlungs-Agenten, Waaren, welche seitens der Contrahenten ihrer Principale aufgeschossen worden sind, statt derselben aufzunehmen.

Es kommt demnach bei dem hier in Rede stehenden Punkte nur noch auf die Frage nach dem Präjudiz an, indem der Beklagte der Ansicht ist, daß, wenn ihm überhaupt

ein Vorwurf aus der Nichtaufnahme des in Rede stehenden Theils der Waare gemacht werden könnte, dann doch nur Schadensersatzpflicht auf seiner Seite, nicht aber die Verbindlichkeit, den Kaufpreis zu zahlen, anzunehmen sei. Dem Beklagten würde hier beizutreten sein, wenn nichts weiter vorläge, als daß durch die Nichtaufnahme des zurückgewiesenen Theils der Ladung unnöthige Unkosten, vielleicht einige Schäden an der im Uebrigen vorhanden und unverändert gebliebenen Waare entstanden wären. So verhielt es sich aber im vorliegenden Falle nicht. Der Beklagte hat, wie schon oben hervorgehoben worden, durch sein Verfahren, insbesondere durch die rechtswidrige Zurückhaltung der gesammten Fracht und verursachten Ueberliegegelder, die Sache in die Lage gebracht, daß der zurückgewiesene Theil der Ladung zu existiren aufgehört hat, es auch dem Kläger zur Unmöglichkeit geworden ist, über den Grund oder Ungrund der Monita gegen die Waare mit dem Beklagten in Erörterung zu treten. In der Wirkung steht hiernach das Verfahren des Beklagten der Consumirung der Waare durch ihn gleich. Setzt aber der Käufer sich außer Möglichkeit, die Waare, gegen welche er monirt, in Wirklichkeit redhibiren zu können, so giebt er eben dadurch selbst die Redhibition auf, und kann mit Grund so behandelt werden, wie Einer der die Waare angenommen hat.

Auch in Betreff des vorstehend berührten Punktes war hiernach confirmatorisch zu sprechen.

III. Von dem Inhalte der eventuellen dritten Beschwerde kommt nach dem Obigen nur noch der Antrag des Beklagten in Betracht, daß der vom Obergericht, außer dem Beweise der von Brandes & Co. ausgegangenen Ermächtigung zur Aufschießung und Zurückweisung der Borke, ihm aufgelegte Beweis,

daß Brandes & Co. zu solcher Ermächtigung vom Kläger potestivirt gewesen seien,

in Wegfall komme. Dieser Antrag ist aber, wie aus dem oben über den Begriff eines Agenten, sowie darüber, daß

derselbe kein „Handlungsbevollmächtigter" sei, Bemerkten sich ergiebt, grundlos. Es liegen denn auch nicht etwa besondere den Antrag des Beklagten unterstützende Angaben des Klägers über die Legitimation der Brandes & Co. vor. Kläger hat nichts weiter eingeräumt, als daß Brandes & Co. mit der Vermittelung von Geschäften für ihn beauftragt gewesen seien. Dem Beklagten kann mithin, wenn er bei dem hier in Rede stehenden Exceptional-Moment verbleiben will, der Beweis der betreffenden Ermächtigung der Brandes & Co. nicht erlassen werden.

Bei der zufolge des Obigen abzugebenden Confirmatoria kam es in Frage, ob es erforderlich sei, in dem Beweissatze des Obergerichts unter 1 die Worte „als Käufer zu behandeln" dahin zu berichtigen, daß es heißen müsse „als Verkäufer zu behandeln." Es konnte indessen, da ein offenbarer Schreibfehler vorliegt, von einer besonderen Erwähnung dieses Punktes im decisum Abstand genommen werden.

Hamburg. 90.

J. C. Eckert zu Hamburg, Kläger, wider **Dr. Gompertz** daselbst, Beklagten, wegen Forderung aus einer Bürgschaft.

---

1. Duae conformes in Hamburg. Eine übereinstimmend getroffene Unterentscheidung erzeugt Rechtskraft, auch wenn dieselbe für die Partei, gegen welche sie gerichtet war, wegen des Urtheils über andere Punkte nicht verletzend wurde.*)

2. Hat der Beklagte sich damit vertheidigt, daß seine Schuld durch Uebergabe eines von einem Dritten acceptirten

*) Vergl. gegenw. Samml. Bd. 4 № 63.

und demnächst eingelöſ'ten Wechſels getilgt worden ſei, ſo kann daraus ohne Verſtoß gegen die Verhandlungsmaxime nicht die Einrede entnommen werden, daß der Kläger ſich durch ein Verſchulden in Bezug auf die Einlöſung des übergebenen Wechſels präjudicirt habe.

3. Wenn der Gläubiger einen Wechſel, welcher ihm übergeben worden iſt, um ſich Zahlung zu verſchaffen, ſeinem Schuldner zurückgiebt, ſo begründet dies keine Gewißheit, ſondern nur eine Präſumtion, daß er als befriedigt gelten wolle.

4. Nach § 34 des hamburgiſchen Einführungsgeſetzes zum deutſchen Handelsgeſetzbuch ſteht dem Ausſteller einer Quittung ohne Rückſicht auf den Ablauf einer Zeitfriſt der Beweis des Nichtempfangs frei. Anwendung dieſer Beſtimmung auf ein Bank-Indorſo.

Rechtsfall. J. C. Eckert hatte am 15. Mai 1867 dem Wilhelm Schultz ein am 25. Juni rückzahlbares Darlehn gegeben und Dr. Gompertz ſich für daſſelbe verbürgt. Am 7. Auguſt gab Wilhelm Schultz ſeinem Gläubiger drei Wechſel in Discont, einen über Bco. ℔ 1850. 10 ß auf Möller & Ruprecht, einen über Bco. ℔ 727. 4 ß auf Klebiſch & Co. (fällig den 7. November 1867) und einen eignen Wechſel über Bco. ℔ 1200. J. C. Eckert ſtellte dagegen einen Revers aus, daß Schultz ihm die Darlehnsſchuld-Verſchreibung als Fauſtpfand für den richtigen Eingang der Wechſel in Händen laſſe. Der erſte der drei Wechſel wurde voll eingelöſt. Da aber ſowohl Klebiſch & Co. als Schultz ſelbſt in den erſten Monaten des Jahres 1868 inſolvent wurden, ſo klagte J. C. Eckert aus der Bürgſchaft gegen Dr. Gompertz. Der Letztere producirte als Anl. A den Revers des Klägers vom 7. Auguſt 1867, als Anl. B einen Wechſel auf Klebiſch & Co., welcher zwar auf die obige Summe von Bco. ℔ 727. 4 ß lautete, jedoch erſt am 22. November 1867 ausgeſtellt und worauf das am 30. Januar 1868 beigefügte Bank-Indorſo durchſtrichen war, endlich als Anl. C den von Wilhelm Schultz ausgeſtellten eignen Wechſel über Bco. ℔ 1200. mit

darauf befindlichem Bank-Indorso. Dr. Gompertz machte mit Bezug auf diese Documente zunächst geltend, daß schon durch die Ausstellung des Reverses Anl. A die Darlehnsverbindlichkeit und folgeweise seine Bürgschaft aufgehört habe, eventuell, daß der Kläger aus den Wechseln Anl. B und C seine Befriedigung erhalten habe, wie auch aus dem beklagtischen Besitz derselben hervorgehe, endlich daß auch Wilhelm Schultz weitere Zahlungen an den Kläger geleistet habe. Der Kläger erkannte zwar die Anl. A an, bestritt aber die Einwendungen des Beklagten und behauptete, die Wechsel Anl. B und C als werthlos geworden an Wilhelm Schultz zurückgegeben zu haben.

1) Das Handelsgericht

verwarf mittelst Erkenntnisses vom 14. October 1868 die principale auf Anl. A gestützte Vertheidigung des Beklagten, und legte übrigens dem Kläger den Beweis auf,

daß er auf den Wechsel Anl. C Zahlung nicht erhalten habe;

dem Beklagten aber,

daß der Kläger, sei es durch Eingang des Wechsels auf Klebisch & Co., sei es durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt abseiten des Hauptschuldners Schultz den Betrag von Bco. ℳ 649. 6 ß erhalten habe.

Auf Appellation beider Theile wies

2) das Obergericht

durch Erkenntniß vom 5. Februar 1869 den Kläger mit der erhobenen Klage unter Compensation der Kosten ab. Die Gründe ergeben sich aus den Entscheidungsgründen dritter Instanz.

Auf Appellation des Klägers*) stellte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 30. October 1869 die handelsgerichtliche Entscheidung wieder her, aus folgenden Gründen.

---

*) Welcher gegen Versäumung der Einführungsfrist restituirt wurde, s. Nr. 40 des gegenw. Bandes.

Es steht, wie auch der Kläger anerkennt, rechtskräftig fest, daß derselbe die geständigermaßen aus dem Wechsel auf Möller & Ruprecht erhaltenen Bco. ℔ 1850. 10 ß auf die eingeklagten Bco. ℔ 2500. in Abzug bringen muß, und seine Forderung daher keinenfalls mehr beträgt als Bco. ℔ 649. 6 ß. Diese Forderung ist an sich liquid. Es fragt sich nur um die derselben entgegengesetzten Einreden. Beklagter ist in gegenwärtiger Instanz

I. auf seine principale Einrede zurückgekommen, daß die Darlehnsforderung, für welche er Bürgschaft geleistet, schon durch die von dem Hauptschuldner bewirkte Hingabe der drei in Anl. A bezeichneten Wechsel an den Kläger, und die von diesem dagegen vollzogene Ausstellung jenes Documentes erloschen sei. Diese Einrede ist aber bereits durch conforme Entscheidungen verworfen. Daß das Handelsgericht über dieselbe erkannt hat, ist klar. Aber auch das Obergericht hat sich nicht allein in den Entscheidungsgründen über die Verwerflichkeit der Einrede ausgesprochen, sondern dieselbe wirklich verworfen. Denn zur Abweisung der Klage ist dasselbe aus dem Grunde gelangt, weil Kläger seiner, dem Beklagten als Bürgen gegenüber, begründeten Pflicht zur Auskunftertheilung, resp. Diligenz in Beziehung auf den Klebisch'schen Wechsel nicht nachgekommen sei. Auf diese Frage konnte es aber gar nicht kommen, wenn schon durch Annahme der Wechsel und Ausstellung der Anl. A die Hauptschuld und damit auch die Bürgschaft des Beklagten erloschen war. Das Obergericht hat sich denn auch in der That zunächst der Prüfung dieses präjudiciellen Punktes zugewandt und in seinem ersten Entscheidungsgrunde ausgesprochen, es sei der Ansicht des Beklagten, daß die Bürgschaft durch die aus der Anl. A hervorgehende Transaction zwischen dem Kläger und dem Hauptschuldner ihre Erledigung gefunden habe, nicht beizutreten. Dieser Ausspruch bildet also ein unentbehrliches Glied in der Kette der Argumentationen, mittelst deren das Obergericht zur Abweisung der Klage gelangt ist, und trägt solchergestalt den Charakter einer Unterentscheidung an sich.

Daß Beklagter durch dieselbe nicht verletzt ist, weil das Obergericht, auf Grund der eventuellen Einrede, zu einem ihm günstigen Endresultate gelangte, würde, wenn es sich darum fragte, ob Beklagter appelliren mußte, erheblich sein, kann aber daran, daß in Betreff der principalen Einrede eine wirkliche Unterentscheidung des Obergerichts vorliegt, Nichts ändern.

II. Eventuell hat sich Beklagter in der Vernehmlassung auf die Klage darauf berufen, daß die in Anl. A bezeichneten drei Wechsel eingegangen seien. Diese Einrede ist es, welche, soviel

A. den Wechsel auf Klebisch & Co. im Betrage von Bco. ℳ 727. 4 ß anbelangt, die vorigen Richter für begründet und liquid erklärt, und auf deren Grund sie den Kläger auch mit seiner Restforderung von Bco. ℳ 649. 6 ß abgewiesen haben. Es kann ihnen indessen hierin nicht beigetreten, muß vielmehr in diesem Punkte das Handelsgerichts-Erkenntniß wieder hergestellt werden.

1) Das Obergericht ist zu dem hervorgehobenen Ergebnisse mittelst folgender Argumentation gelangt. Nach Anl. A und der eigenen Erzählung des Klägers in dessen Appellationslibell voriger Instanz habe derselbe vom Hauptschuldner ein am 7. November 1867 fälliges Accept von Klebisch & Co. im Betrage von Bco. ℳ 727. 4 ß erhalten, um sich daraus für die vom Beklagten verbürgte Schuld bezahlt zu machen. Da er aus diesem Accepte Befriedigung nicht erhalten haben wolle, wäre es seine Sache gewesen, über den Verbleib desselben Auskunft zu geben, und müsse er in Ermangelung dessen den Betrag jenes Acceptes, soweit erforderlich, dem Beklagten als Bürgen der Schuld, für welche der Wechsel vom Hauptschuldner als Zahlungsmittel gegeben worden, in Rechnung gut bringen. Hieran ändere sich auch Nichts, wenn man annehme, daß das fragliche Accept, bei Verfall, und zwar — wie es den Anschein habe — mit Consens des Hauptschuldners, gegen den unter dem 22. November 1867 ausgestellten eigenen Wechsel von Klebisch & Co. Anl. B umgetauscht

worden sei. Dem Bürgen gegenüber habe sich Kläger präjudicirt, wenn er durch jenes Accept in den Stand gesetzt gewesen sei, dasselbe gegen Klebisch & Co. geltend zu machen, und dies unterlassen habe. Daß aber der Fall so liege, folgert das Obergericht aus der ihm bekannten Thatsache, daß Klebisch & Co. erst im Februar 1868 (also lange nach Verfall der ursprünglichen Tratte) überschuldet von Hamburg entwichen seien.

Dieser Argumentation wird jedoch vom Kläger mit Recht der Vorwurf gemacht, daß sie dem Beklagten eine gar nicht vorgeschützte Einrede suppeditire, ja mit dem von demselben in erster und zweiter Instanz befolgten Vertheidigungssysteme geradezu in Widerspruch trete.

Die eventuelle Einrede des Beklagten ging, im Anschlusse an die principale Behauptung, daß schon durch Ausstellung der Anl. A die Hauptschuld und damit auch die Bürgschaft des Beklagten erledigt sei, dahin: „Um so mehr aber sei jeder Anspruch gegen den Beklagten jetzt erledigt, als die Wechsel, für deren Eingang die Obligation (Anl. 1) als Sicherheit allein im Besitz des Klägers geblieben, eingelöst wären. Die Wechsel auf Klebisch & Co. und Schultz würden hiermit als Anl. B und C quittirt producirt. Der Wechsel auf Möller & Ruprecht sei von Diesen eingelöst worden. Die Sache liege demnach so, daß eventuell — wenn nämlich dafür gehalten werden sollte, daß die Bürgschaft des Beklagten bis nach Eingang der betreffenden drei Wechsel in Kraft geblieben — durch die erfolgte Einlösung derselben, einerlei auf welche Weise dies geschehen, die ursprüngliche Darlehnsforderung des Klägers an den Hauptschuldner, und damit auch jeder Anspruch gegen den Beklagten, als Bürgen für dieselbe, erloschen sei. In der Duplik wurde nur noch besonders hervorgehoben: es könne nicht erforderlich erscheinen, daß die Wechsel gerade bezahlt worden seien; es genüge die Einlösung, einerlei auf welche Weise dieselbe geschehen.

Hieraus geht hervor, daß Beklagter zwar nicht gerade Zahlung, aber doch die erfolgte „Einlösung" der Wechsel be-

haupten und auf die hierdurch herbeigeführte Tilgung der Hauptschuld seine eventuelle Einrede gründen wollte. Unter „Einlösung" eines Wechsels aber kann man nur ein Rechtsgeschäft verstehen, in Folge dessen der Wechselgläubiger sich für befriedigt erklärt und den Wechsel herausgegeben hat. Und daß Beklagter damit nichts Anderes hat bezeichnen wollen, ergiebt sich aus der von ihm hinzugefügten Bemerkung: daß er die Wechsel auf Klebisch und Schultz „quittirt" producire. Nur auf den materiellen Grund dieser erfolgten Quittirung, ob gerade Zahlung oder welcher sonstige factische Hergang ihr zu Grunde liege, sollte es seiner Meinung nach nicht ankommen. Das Obergericht dagegen gründet seinen Ausspruch auf ein von ihm angenommenes Verschulden des Klägers, in Folge dessen er seines Rechtes gegen den Bürgen — einerlei ob die Hauptschuld noch fortbestehe oder nicht — verlustig geworden sei. Davon enthielten weder die Verhandlungen erster Instanz, noch auch die von dem Beklagten in zweiter Instanz abgegebenen Erklärungen irgend eine Andeutung. Auch hier ist nur auf den „Eingang" — die „Einlösung" — der Wechsel Gewicht gelegt worden. Ja Beklagter, der die Anl. B als den in Anl. A erwähnten Klebisch'schen Wechsel producirt hatte, ist hierbei auch noch in der Appellationsinstanz, ungeachtet das Handelsgericht darauf hingewiesen hatte, daß diese beiden Wechsel nicht identisch sein könnten, geblieben. Die Parteien seien über die Identität einverstanden gewesen und der Richter habe sich über dieses Einverständniß nicht hinwegsetzen dürfen, weil eine „juristische Unmöglichkeit" jener Identität keineswegs vorliege, wobei insbesondere hervorgehoben wurde, daß eines der bezüglichen Documente ante- oder postdatirt sein könne. Während also das Obergericht seine ganze Argumentation auf die Nicht-Identität der beiden Wechsel stützt (denn nur unter dieser Voraussetzung kann von einer Pflicht des Klägers zur Nachweisung über den Verbleib des ursprünglichen Klebisch-schen Accepts und einem durch den Umtausch desselben begangenen Verschulden gegen den Bürgen die Rede sein), hatte

Beklagter das Gegentheil behauptet und durchzufechten versucht. Nimmt man die von ihm vertretene Identität im wörtlichen Sinne, so ist der Widerspruch, in den sich das angefochtene Erkenntniß mit jener seiner Behauptung setzt, klar. — Nimmt man die Identität aber auch nur im juristischen Sinne, so ist die Meinung des Beklagten doch immer die, daß der eigene Wechsel Anl. B an die Stelle des in Anl. A erwähnten Acceptes getreten sei und dasselbe in juristischer Hinsicht vollkommen vertrete; und daraus ergiebt sich jedenfalls wenigstens soviel, daß er nicht daran gedacht hat, dem Kläger aus dem Umtausche der beiden Wechsel und beziehungsweise der nicht rechtzeitig bewirkten Einziehung des ursprünglichen Accepts einen Vorwurf zu machen, und hierauf oder auf die nicht gelieferte Nachweisung über den Verbleib dieses Accepts seine Einrede zu stützen. Die Frage kann vielmehr

2) nur die sein, wie die allein vorgeschützte Einrede der erfolgten „Einlösung" in Beziehung auf den Klebisch'schen Wechsel zu beurtheilen war. Das Handelsgericht ist zu dem Ergebnisse gelangt, daß für den Beweis dieser Einrede die Anl. B ohne Werth sei, und Beklagter (insofern es überhaupt darauf ankommen sollte) zu beweisen haben würde, daß Kläger durch den Eingang des in Anl. A erwähnten Wechsels auf Klebisch & Co. den Betrag von Bco. ℳ 649. 6 ß erhalten habe. Dies muß auch dem Resultate nach für richtig erachtet werden. Zwar erscheint es

a. zu streng, wenn das Handelsgericht der Anl. B deßhalb, weil dies nicht der in Anl. A erwähnte Wechsel sei, ohne Weiteres alle Bedeutung für den vorliegenden Fall abgesprochen hat. So unzweifelhaft richtig es ist, daß der erst am 22. November. 1867 ausgestellte Wechsel Anl. B unmöglich der in dem Reverse vom 7. August 1867 Anl. A als bereits existent erwähnte Wechsel auf C. W. Klebisch & Co. sein kann, und so wenig die vom Beklagten in voriger Instanz angedeutete Möglichkeit, daß eins der beiden Documente ein falsches Datum tragen könnte, Berücksichtigung verdient; so macht Beklagter doch nicht mit Unrecht geltend, daß in

den Verhandlungen erster Instanz kein Zweifel über die Identität der beiden Wechsel erhoben worden, die Parteien über dieselbe vielmehr stillschweigend einverstanden gewesen seien. Dieses Einverständniß findet seine ausreichende Erklärung, wenn man mit dem Obergerichte von der Annahme ausgeht, daß die Anl. B nichts Anderes sei, als eine Prolongation, resp. Erneuerung der in Anl. A erwähnten Wechselschuld von Klebisch & Co., indem diese, statt ihr Accept bei Verfall einzulösen, an Stelle desselben über den gleichen Betrag einen eigenen Wechsel ausstellten und diesen auf den Kläger indossiren ließen. Die Anl. B war dann zwar factisch ein anderer als der in Anl. A erwähnte Wechsel; sie bildete aber ein Surrogat desselben und konnte daher in juristischer Beziehung als damit identisch angesehen und behandelt werden. Das thaten die Parteien, indem sie die Frage, ob der in Anl. A erwähnte Wechsel bezahlt, resp. eingelöst worden, ohne Weiteres als mit der Frage nach dem Schicksale der Anl. B zusammenfallend betrachteten. Der Richter konnte sich auf denselben Standpunkt stellen und von ihm aus jene Frage einer materiellen Prüfung unterziehen. Daß dies jetzt von Seiten des Ober-Appellations-Gerichts geschieht, kann um so weniger einem Bedenken unterliegen, als sich durch die Erklärung der Parteien in den höheren Instanzen jene thatsächliche Voraussetzung, die für das Handelsgericht immer nur eine wahrscheinliche sein konnte, als eine in Wahrheit begründete bestätigt hat. Kläger hat sie direct anerkannt; Beklagter wenigstens indirect, indem er nicht allein der Annahme des Obergerichts, daß ein Umtausch der beiden Wechsel Statt gefunden habe, nicht widerspricht, dies vielmehr für den „wahrscheinlichen Fall" erklärt, sondern auch seine in gegenwärtiger Instanz noch immer festgehaltene Behauptung der Identität der beiden Wechsel keine andere verständige Erklärung zuläßt, als daß damit eine juristische Identität in dem vorher erörterten Sinne gemeint sei. Dagegen muß

b. der vom Handelsgerichte angedeutete materielle Grund für die Unerheblichkeit der Anl. B, die Durchstreichung des

auf derselben befindlichen Bankindorso's, als zutreffend und durchschlagend anerkannt werden. Dem Handelsgerichte ist unbedenklich darin beizutreten — und dieser Punkt ist auch vom Beklagten nicht speciell bestritten —, daß das Bank-Indorso, nachdem es durchstrichen worden, gar nicht mehr in Betracht kommt, es also an einer Quittirung der Anl. B fehlt. Was übrig bleibt, ist die Thatsache, daß Beklagter den Wechsel in Händen hat. Daraus läßt sich schließen, daß Kläger — was ohnehin durch dessen Geständniß feststeht — denselben an Schultz zurückgegeben hat. Diese Thatsache ist es denn auch, woraus, nach der Meinung des Beklagten, unbedingt oder doch bis zum Beweise des Gegentheils, auf die stattgehabte „Einlösung" zu schließen sein soll. Nun ist es zwar richtig, daß im regelmäßigen Gange der Dinge die erfolgte Herausgabe des Wechsels an einen Wechselschuldner die Präsumtion begründet, daß der Gläubiger seine Befriedigung erhalten habe oder doch als befriedigt gelten wolle. Dies trifft aber im vorliegenden Falle nicht zu. Es war bei Hingabe der drei Wechsel an den Kläger gegen Ausstellung der Anl. A offenbar nur die Meinung, demselben ein Mittel in die Hand zu geben, durch dessen Gebrauch er sich auf eine einfache und leichte Art die zur Deckung seiner Forderung von 2500 ℔ erforderlichen Geldbeträge verschaffen könne. Er sollte aber, wenn sich der Einziehung der betreffenden Wechselbeträge von den Schuldnern erhebliche Hindernisse entgegenstellen würden, nicht verpflichtet sein, zunächst die Wechselforderungen bis aufs Aeußerste zu verfolgen und auf seine Darlehnsforderung, resp. die dafür geleistete Bürgschaft, nicht eher zu recurriren, als wenn und soweit die Wechselforderungen sich definitiv als unrealisirbar herausgestellt haben würden. Ein Hinderniß der bezeichneten Art lag ohne Zweifel in der vor Verfall der Wechsel ausgebrochenen Insolvenz der Wechselschuldner. Wenn daher die Angabe des Klägers richtig ist, daß die beiden Wechsel nur deßhalb als werthlos an Schultz zurückgegeben worden seien, weil Klebisch von Hamburg fortgegangen sei und Schultz sich für insolvent

erklärt habe: so handelte er ganz im Sinne des aus Anl. A ersichtlichen Uebereinkommens. Es ist dann nicht eine Einlösung, sondern eine Annullirung der Wechsel erfolgt, und kann von einer hierdurch herbeigeführten Tilgung der Hauptschuld nicht die Rede sein. — Nun hat Beklagter in erster und zweiter Instanz jener factischen Angabe des Klägers gar nicht widersprochen, während er in gegenwärtiger Instanz behauptet, daß, auch wenn dieselbe in Wahrheit begründet sein sollte, doch eine ihn liberirende Einlösung vorliegen würde, bei welcher Gelegenheit er beiläufig jene klägerische Behauptung für unwahr erklärt.

Will man in dem früheren Schweigen nicht ein stillschweigendes Geständniß finden, so gereicht doch jedenfalls die in factischer Beziehung obwaltende Unklarheit zu Ungunsten des Beklagten. Dafür, daß zur Zeit des Verfalls des Wechsels Anl. B (30. Januar 1868) die beiden Wechselschuldner Klebisch und Schultz bereits insolvent gewesen sind, und nur aus diesem Grunde die Rückgabe an den Letzteren in seiner Eigenschaft als Darlehnsschuldner erfolgt ist, liegen wenigstens dringende Anzeigen in den Acten. Klebisch & Co. sind, nach dem Zeugnisse des Obergerichts, im Februar 1868 überschuldet von Hamburg entwichen, werden also schwerlich am 30. Januar in der Lage gewesen sein, einen Wechsel von Bco. ℔ 727. 4 ß einlösen zu können. Und daß um dieselbe Zeit auch Schultz bereits zahlungsunfähig war, läßt sich — abgesehen von der Schilderung des Beklagten, wonach derselbe gar nicht aus dem materiellen Concurs herausgekommen zu sein scheint — aus der erfolgten Durchstreichung des Bank-Indorsos vom 30. Januar, welches spätestens am folgenden Tage hätte realisirt werden sollen,

cit. Verordnung (vom 5. März 1849) § 9,

schließen. Unter diesen Verhältnissen ist ein Schluß aus der Rückgabe der Anl. B an Schultz auf die erfolgte Einlösung dieses Wechsels nicht genügend begründet und muß vielmehr die Einrede, soweit auf den Klebisch'schen Wechsel bezüglich,

für illiquid erachtet werden, woraus folgt, daß die Beweislast in Betreff dieser Einrede den Beklagten trifft.

Gegen den vom Handelsgerichte aufgestellten Beweissatz, soweit er sich auf den Klebisch'schen Wechsel bezieht, hat Beklagter freilich in voriger Instanz, weil er von einer bezüglichen Beweisführung ganz entbunden zu werden hoffte, keine besondere Beschwerde aufgestellt. Da er aber in Grav. II b und c verlangt hat, daß der Beweis des Klägers nicht ausschließlich auf nicht erhaltene Zahlung des betreffenden Wechsels, sondern mit darauf gerichtet werde, daß von diesem Wechsel ein Betrag von Bco. ℔ 649. 6 ß nicht anderweitig „erledigt" worden sei, so ist anzunehmen, daß diese Veränderung des Beweisthemas auch für den Fall in seiner Intention liegt, daß ihm selbst die Beweislast verbleibt. Wenn jedoch mit der „Erledigung" gemeint ist, daß jede Aufhebung der Wechselforderung, auf welchem materiellen Grunde sie auch beruhe (also auch die Annullirung des Wechsels), eine verhältnißmäßige Tilgung der Darlehnsforderung von Bco. ℔ 2500. mit sich führe, so ist diese Meinung schon vorher widerlegt. Richtig ist dagegen in abstracto, daß es nicht gerade auf die „Zahlung" des Wechsels ankommt, sondern jede wirkliche „Einlösung" derselben in der Wirkung gleichstehen würde. Wenn und soweit sich der Kläger der Wechselforderung wegen für befriedigt erklärt hat, soweit muß er sich auch den Betrag derselben auf seine Darlehnsforderung, zu deren Befriedigung er sich des Wechsels bedienen sollte, anrechnen lassen, ohne daß es auf die materielle causa, die ihn zu einer solchen Erklärung bestimmt hat, ankommt. In concreto ist aber der Beklagte dadurch, daß er auf den Beweis der erfolgten Zahlung des fraglichen Wechsels beschränkt worden, nicht verletzt, da er es an jeder näheren Angabe, in welcher Weise die „Einlösung" erfolgt sei, hat fehlen lassen, und dieselbe nur aus der vermeintlichen Quittirung dieses Wechsels und der Rückgabe desselben an den Schuldner folgert.

Da es nach den bisherigen Erörterungen nicht bei der vom Obergerichte auf Grund des Klebisch'schen Wechsels aus-

gesprochenen sofortigen Abweisung der klägerischen Restforderung von Bco.ℳ 649. 6 ß verbleiben kann, so kommt es

B. auch noch auf die aus der Einlösung des Schultz'schen Wechsels Anl. C entnommene Einrede an. Das Handelsgericht hat angenommen, daß — da hier ein die Stelle der Quittung vertretendes Bank-Indossament vorliege — dem Kläger der Beweis: „daß er auf den Wechsel Anl. C Zahlung nicht erhalten habe," obliege. Mit dieser Ansicht hat sich das Obergericht zwar in den Entscheidungsgründen einverstanden erklärt:

verb: „Da auch der handelsgerichtlichen Beurtheilung in Betreff des eigenen Wechsels des Hauptschuldners über Bco.ℳ 1200. beizutreten sein würde, wenn es auf einen Theil dieses Betrages überhaupt noch ankommen könnte."

Es kann indessen diesem Ausspruche, der sich nur hypothekisch auf einen Fall bezieht, den das Obergericht selbst als eingetreten nicht ansieht, der Charakter einer wirklichen Entscheidung nicht beigemessen werden, und steht daher diese Einrede noch zur freien Cognition des Ober-Appellations-Gerichts. Kläger hat die bezügliche handelsgerichtliche Entscheidung schon in voriger Instanz als richtig anerkannt. Dagegen bezogen sich die beklagtischen Beschwerden, die derselbe in gegenwärtiger Instanz wiederholt, und die ohnehin bei Beseitigung der obergerichtlichen Entscheidung revivisciren, auch auf diesen Punkt. Derselbe verlangte

1) principaliter sofortige Abweisung der Klage auf Grund der fraglichen liquiden Einrede;

2) eventuell, daß dem Kläger nur noch ein Gegenbeweis nachgelassen werde, und

3) Abänderung des Beweisthemas dahin:

„daß Kläger auf den Wechsel Anl. C Zahlung nicht erhalten, auch von diesem Wechsel nicht anderweitig ein Betrag von Bco.ℳ 649. 6 ß erledigt worden sei."

Es müssen jedoch diese Beschwerden sämmtlich für verwerflich erachtet werden.

Ad 1) Daß dem Aussteller einer Quittung, ohne Rücksicht auf den Ablauf einer Zeitfrist, der Beweis frei steht, daß er den in dem Documente erwähnten Betrag nicht erhalten hat, ist in § 34 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 22. December 1865 ausdrücklich bestimmt. Liegt also das Beweismoment — wie aus den Erörterungen unter A 2 hervorgeht — gerade in der erfolgten Quittirung, so kann auch dem Kläger ein Beweis zur Elidirung der von ihm ausgestellten Quittung nicht abgeschnitten werden.

Ad 2) muß die dem Beweise des Klägers gegebene Gestalt eines Einredenbeweises für richtig gehalten werden. Auch ist Beklagter durch dieselbe nicht verletzt, vielmehr, da ihm hier noch ein Gegenbeweis frei steht, den er im Falle, daß Kläger bloß einen Gegenbeweis zu führen hätte, einbüßen würde, besser gestellt worden.

Ad 3) ist für die vom Handelsgericht gewählte Beweisfassung jedenfalls die Natur der hier vorliegenden Quittung entscheidend. Dieselbe besteht in einem Bank-Indorso, besagt also nicht im Allgemeinen, daß der Wechselgläubiger auf irgend eine nicht näher angegebene Art seine Befriedigung erhalten habe, sondern geht auf einen ganz speciellen modus der Befriedigung: die Zuschreibung des Schuldbetrages in Banko, mithin eine wirkliche Zahlung. Diese Quittung wird durch den Beweis der nicht empfangenen Zahlung zerstört; und es bedarf keines näheren Eingehens in die Frage, wie die Sache im Falle einer genereller abgefaßten Quittung sich stellen würde.

III. In äußerster Eventualität hat Beklagter eine generelle Zahlungseinrede vorgeschützt, indem er bemerkte: es genüge, wenn nachgewiesen werde, daß überhaupt von dem Hauptschuldner Schultz Zahlungen an den Kläger geleistet worden seien. Denn diese müßten zunächst auf die verbürgte Schuld abgerechnet werden. Er behaupte deßhalb, daß von Schultz an den Kläger Bco. ℔ 2500. gezahlt oder Gegenstände zu diesem Betrage an Zahlungsstatt gegeben worden.

Der dem Beklagten in Beziehung auf diese Einrede eventuell auferlegte Beweis ist dahin formulirt:

daß Kläger (sei es durch Eingang des — — Wechsels auf C. W. Klebisch & Co., sei es) durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt abseiten des Hauptschuldners Schultz den Betrag von Bco. ℔ 649. 6 ß erhalten habe.

Weder der Kläger noch der Beklagte haben in voriger Instanz gegen diesen Beweissatz eine specielle Beschwerde gerichtet. Gegenwärtig aber verlangt Kläger principaliter eine Abänderung des handelsgerichtlichen Beweissatzes dahin:

daß Kläger (sei es durch Eingang des in Anl. A erwähnten Wechsels auf Klebisch & Co., sei es) durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt abseiten des Hauptschuldners Schultz seit dem 25. Juni 1867 auf die von dem Beklagten verbürgte Schuld, resp. auf die in der Anl. A erwähnten Wechsel (abgesehen von dem Wechsel auf Möller & Ruprecht) den Betrag von Bco. ℔ 649. 6 ß erhalten habe.

Dem Kläger würde hierin beigetreten werden können, wenn die handelsgerichtliche Beweisnormirung nicht dadurch, daß eine Beschwerde gegen dieselbe in voriger Instanz nicht aufgestellt worden, rechtskräftig geworden wäre. Denn wenn auch die Beschwerden des Klägers sehr allgemein lauteten, so standen sie doch mit dem hier fraglichen Punkte in keinem Zusammenhange, und man kann daher nicht sagen, daß die gegenwärtige Beschwerde bereits als ein minus in denselben begriffen gewesen sei.

Uebrigens betrifft die ganze Beschwerde, wie auch Kläger hervorhebt, nur die Redaction, nicht den Sinn des handelsgerichtlichen Beweissatzes. Es ist auch ohne die beantragte Abänderung desselben selbstverständlich, daß hier nur an Zahlungen gedacht sein kann, die nach Ausstellung der Anl. 1 erfolgt sind, und daß Zahlungen, die speciell auf eine andere Schuld geleistet und angenommen wurden, außer Betracht bleiben.

---

91. Hamburg.

H. F. Schacht zu Hamburg, Kläger, wider **J. H. C. Homeyer** daselbst, Beklagten, Injurien, jetzt Restitution und Nichtigkeit betreffend.

Sämmtliche wider das Ober-Gerichts-Erkenntniß vom 25. Januar 1868 eingewandten Rechtsmittel wurden vom Ober-Appellations-Gericht unterm 9. November 1869 für desert und unstatthaft erklärt. Das Ober-Appellations-Gericht sei zur unmittelbaren Ertheilung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider den Ablauf der Supplicationsfrist für das Präturerkenntniß vom 18. November 1867 nicht zuständig; auch könne von einer Wiedereinsetzung wider den Ablauf der Einlegungsfrist des ordentlichen Rechtsmittels der Appellation gegen das Ober-Gerichts-Erkenntniß vom 25. Januar 1868, abgesehen von allem Uebrigen, um deswillen nicht die Rede sein, weil nach erfolgter Bestätigung des Abschlags der Restitution durch besagtes Erkenntniß dieser Rechtsweg wegen Gleichförmigkeit der vorderen Erkenntnisse unstatthaft sein würde. Die Nichtigkeitsbeschwerde stelle sich nach § 164 der Ober-Appellations-Gerichts-Ordnung als verspätet dar, und dürfe nach § 41 (not. e. Blume) gegen den Inhalt der Urtheile nicht gerichtet werden. Das von dem Querulanten in Bezug genommene Scitum camerale von 1786 habe nach wiederholten Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts in Hamburg keine Aufnahme gefunden.

Hamburg. 92.

In **Untersuchungssachen** wider **J. H. Jestram** zu Hamburg, Inculpaten, zur Sache wider **F. W. Jestram** daselbst und Consorten, wegen betrügerischen Bankrotts u. w. d. a., jetzt Recusation des Obergerichts betreffend.

Das von dem Inculpaten wider das Obergericht angebrachte Recusationsgesuch wurde durch Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 9. November 1869 als unbegründet verworfen, und zwar

in Erwägung:

daß die vom Inculpaten geltend gemachten ersten vier Recusationsgründe:

1. Nichtverstattung des von F. W. Jestram für sich und seine Ehefrau beantragten fiscalischen Processes;
2. Nichtverstattung der Inspection der auf den Falliten-buchhalter Berg bezüglichen Untersuchungs-Acten;
3. Nichteinleitung einer Untersuchung gegen die Vieh-Commissionaire, von denen F. W. Jestram sich betrogen wähnte;
4. Nichterneuerung der Untersuchung gegen F. W. Jestram,

eine unmittelbare oder auch nur nähere Beziehung auf den Inculpaten überhaupt nicht haben, daß auch drei derselben (Nr. 1, 2 und 4) früher von F. W. Jestram selbst zur Begründung eines von ihm gegen das Obergericht gerichteten Recusationsgesuches vorgebracht, aber durch Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts vom 18. Februar 1869 als völlig unerheblich verworfen worden sind, welche Beurtheilung, wie von selbst einleuchtet, nicht minder auf den dritten Recusationsgrund Anwendung findet;

daß dem 5. Recusationsgrunde, das Obergericht habe ohne jeden Beweis angenommen, der Inculpat habe für die ihm unmittelbar vor der Entweichung seines Bruders F. W. Jestram zugeschriebenen Hypothekposten zum Betrage von 21,000 ℔ Crt. Valuta nicht gezahlt, keine Bedeutung beizulegen ist, indem selbst wenn dafür zu halten sein sollte, das Obergericht habe in dem Verhalten des Inculpaten in der Untersuchung, in den Erklärungen desselben bei der Confrontation mit seinem Bruder, und in dem Buchhalterbericht — welche Umstände im Erkenntniß vom 6. November als für das Obergericht zu jener Annahme bestimmend gewesen aufgeführt worden sind — ausreichende Beweisgründe hiefür nicht finden können, dies keine Veranlassung dazu werden könnte, eine Befangenheit des Obergerichts im Verhältniß zum Inculpaten anzunehmen, weshalb es denn auch eines Eingehens auf den Grund oder Ungrund des hier vom Inculpaten dem Obergerichte gemachten Vorwurfs unrichtiger Beurtheilung des in Rede stehenden Punktes nicht bedarf;

daß der 6. Recusationsgrund, die Aufhebung des Obergerichts-Erkenntnisses vom 6. November 1868 durch das Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntniß vom 22. April 1869 habe nach Wahrscheinlichkeit eine solche Verstimmung des Obergerichts gegen den Inculpaten, auf dessen Nullitätsbeschwerde das letztgedachte Erkenntniß erfolgte, hervorgerufen, daß Letzterer sich einer unbefangenen Beurtheilung von Seiten des Obergerichts nicht versehen könne, keiner Widerlegung bedarf;

daß endlich wie zum Oefteren, unter anderen auch in der Recusationssache des F. W. Jestram durch das oben angeführte Erkenntniß vom 18. Februar 1869, vom Ober-Appellations-Gerichte ausgesprochen worden ist, der Perhorrescenzeid des Recusaten nur als Erfüllungseid anzusehen ist, also dem Erbieten zu demselben keine Folge gegeben werden kann, wenn gar keine oder doch ungenügende Gründe geltend gemacht worden sind.

Lübeck. 93.

Johann Christian Wilhelm Lüders zu Travemünde, Kläger, wider **Jacob Heinrich Gerhard Molge** daselbst, Beklagten, Schutz im Besitze betreffend.

---

1. Es kann nicht angenommen werden, daß ein Besitzstreit als solcher ein der bestimmten Schätzung unfähiges Object betreffe.

2. Für die Annahme der Appellationssumme bedarf es nicht eines förmlichen Beweises, sondern nur einer Bescheinigung.

3. Fall, wo bestritten wurde, ob die Einlassung des Beklagten bestimmt genug abgegeben worden sei. Die Vorträge einer Partei sind im Zweifel in dem ihr günstigeren Sinne auszulegen.

Rechtsfall. Zwischen den beiden neben einander liegenden Häusern der obengenannten Parteien befindet sich ein Gang, der in seiner weiteren Fortsetzung nach den Gärten derselben führt. An das Vorderhaus von Molge schloß sich bisher ein Hintergebäude, welches dem etwas tieferen Lüders'schen Vorderhaus gegenüber um ein paar Fuß zurücktrat. Im Sommer 1868 begann Molge einen Neubau seines Hintergebäudes und wollte dasselbe bis zu der von der Mitte des Ganges aus gerade fortlaufenden Linie vorrücken. Lüders klagte auf Schutz im Besitze, indem er zwar das Durchgangsrecht des Beklagten nach dessen Garten nicht streitig machte, aber behauptete, daß die ganze Fläche bis zu dem früheren Hintergebäude des Beklagten zu seinem des Klägers Hofplatz gehöre. Der Beklagte bestritt in der Vernehmlassung diese

letztere Angabe und behauptete seinerseits, die Grenze der beiden Grundstücke werde durch die in der Mitte des Ganges durchlaufende Linie gebildet; der jetzige Neubau sei genau auf der Grenze errichtet worden, bis wohin das frühere Dach des Beklagten gereicht und das Gebiet sich durch den Tropfenfall im Besitz des Beklagten befunden habe. Es sei „mithin" unwahr, daß das neue Gebäude ein Stück im klägerischen Eigenthum und Besitz befindlichen Bodens occupire.

1) das Stadt= und Landgericht

verurtheilte am 30. October 1868 den Beklagten zur Anerkennung des klägerischen Besitzes und Wegschaffung des angefangenen Baues, indem in den Gründen bemerkt wurde, Beklagter habe den bestimmten Behauptungen des Klägers gegenüber den Besitz der streitigen Fläche lediglich durch Berufung auf den ganz irrelevanten Tropfenfall für sich vindicirt und dem Kläger bestritten, müsse daher der Thatsache, daß die fragliche Strecke sich bis zu dem jetzigen Neubau im ungestörten Besitz des Klägers befunden habe, als stillschweigend geständig erachtet werden.

Auf Appellation des Beklagten erkannte

2) das Obergericht

am 30. December 1868 reformatorisch, Kläger habe vorerst zu beweisen,

> daß er bis zum Beginne des beklagtischen Baues im Besitze des in [2] bezeichneten Areals bis zur ehemaligen Umfassungsmauer des Anbaues an dem Hause Nr. 114 (des Beklagten) gewesen sei.

Freilich ließen die Ausdrücke des Beklagten es zweifelhaft, ob er sich über den factischen Besitz des Klägers habe aussprechen oder nur eine Schlußfolgerung ziehen wollen. Aber dem ganzen Zusammenhange nach und da das Wort „mithin" sich füglich überhaupt auf die vorhergegangene Auslassung beziehen lasse, sei die erstere Annahme die wahrscheinlichere und natürlichere; und überdies würden auch, da

der Redende sich in der Parteirolle des Beklagten befinde, seine Worte zu seinen Gunsten zu interpretiren sein.

Auf Appellation des Klägers wurde diese Entscheidung

3) vom Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 11. November 1869 bestätigt, nachdem der Kläger in Folge einer an ihn ergangenen Auflage das Dasein der Appellationssumme bescheinigt hatte.

Entscheidungsgründe.

I. Was zunächst die Appellationssumme betrifft, so mußte es nach den darüber im Appellationslibell gemachten Bemerkungen scheinen, als halte der Kläger eine Bescheinigung der Appellationssumme deshalb für entbehrlich, weil der Streit über Besitz einen nicht bestimmt schätzbaren Gegenstand betreffe. Daß eine solche Auffassung nicht haltbar sein würde, ist in der späteren Paritionsschrift des Klägers anerkannt worden. Es fragte sich daher nur, ob das Grundstück des Klägers, wenn die streitige Grundfläche demselben auch dem Eigenthume nach entzogen werden sollte, nach Wahrscheinlichkeit eine Werthverminderung von mehr als 1000 ℔ Ct. erleiden würde. Diese Frage aber mußte nach der nunmehr von dem Kläger gelieferten Bescheinigung bejaht werden. Denn in dem eingereichten Gutachten haben zwei Sachverständige, ein beeidigter Landmesser und ein Maurermeister, nach vorgängiger specieller Localuntersuchung und aus näher dargelegten glaubhaften Gründen übereinstimmend erklärt, daß das streitige Areal, namentlich in Berücksichtigung seines Zusammenhanges mit dem gesammten Grundeigenthum des Klägers, für letzteren auf einen Geldwerth von mehr als 1000 ℔ Ct. geschätzt werden müsse. Und dies erscheint genügend, da es für die Annahme der Appellationssumme, wie schon öfters erkannt worden ist, eines förmlichen nach Proceßregeln hergestellten Beweises nicht bedarf. (Es folgt noch die Widerlegung einiger aus

der concreten Sachlage hergenommener Bedenken des Beklagten.)

II. In der Hauptsache verlangt der Kläger mittelst der ersten Beschwerde die Wiederherstellung der in erster Instanz ausgesprochenen Verurtheilung des Beklagten. Diese Beschwerde stellt sich als unbegründet dar. Sie stützt sich lediglich darauf, daß der vom Kläger behauptete Besitzstand als stillschweigend vom Beklagten eingeräumt erachtet werden müsse. Nun darf aber nicht unbeachtet bleiben, daß von Seiten des Klägers einzelne Handlungen, wodurch er den Besitz auf der streitigen Grundfläche ausgeübt hätte, überall nicht angeführt worden sind, daß vielmehr alles was in dieser Hinsicht vorkommt, sich auf die Angabe der Klagschrift beschränkt, Kläger habe den Hof seines Hauses bis an die beklagtische Grenzmauer seit 1846 in ungestörtem Besitz gehabt und benutzt. Wie man auch über die Zulässigkeit einer so allgemeinen Begründung von Besitzklagen urtheilen möge, so handelt es sich jedenfalls nicht um specielle Thatsachen, welche der Beklagte zu beantworten gehabt hätte, sondern nur um die allgemeine Behauptung klägerischen Besitzstandes bis zu dem angefochtenen Neubau. Und da die Einlassung nicht specieller zu sein braucht, als die Klagbehauptung, so fragt es sich bloß, ob aus der Vernehmlassung des Beklagten mit Bestimmtheit zu entnehmen sei, daß er den Besitzstand des Klägers an der streitigen Grundfläche habe in Abrede stellen wollen. Das würde freilich zu verneinen sein, wenn das Leugnen von „Eigenthum oder Besitz des Klägers," wie es sich in der Vernehmlassung findet, lediglich als Folgerung aus dem, was über den Tropfenfall angeführt war, hingestellt wäre. Allein mit Recht hat der Beklagte dagegen geltend gemacht, daß das Wort „mithin" in dem fraglichen Satz auf die ganze vorherige Erörterung, und nicht bloß auf die unmittelbar vorausgehenden Worte, bezogen werden müsse. Das folgt schon daraus, daß an das „mithin" das Leugnen sowohl des Eigenthums als des Besitzes angeknüpft wird, die Erörterung über das Eigenthum aber den

Hauptgegenstand des ganzen vorherigen Abschnittes bildet, während sie in dem letztvorhergehenden Satze mehr zurücktritt. Die Darstellung des Beklagten geht aber ganz klar und bestimmt darauf hinaus: der Hof des Klägers habe sich keineswegs bis an den ehemaligen beklagtischen Hinterbau erstreckt, vielmehr sei die Grenze beider Grundstücke auf der Mitte des Ganges zwischen den Häusern hin und von da weiter in gerader Linie auf mehrere im Garten gemeinsam gesetzte Scheidesteine gelaufen; die Umfassungsmauer des beklagtischen Hinterbaues habe etwa 2 Fuß von der bemerkten Grenzlinie entfernt gelegen, das Dach desselben aber habe bis an die Grenzlinie übergeragt, und der Tropfenfall sei noch auf das beklagtische Gebiet gegangen. Diese Darstellung läßt keinen Zweifel darüber, daß der Beklagte das zwischen seinem früheren Hintergebäude und der bezeichneten Grenzlinie befindliche Areal als zu seinem Grundstück gehörig in Anspruch nehmen und das Ueberragen des Daches nebst dem Tropfenfall als Ausfluß seines Eigenthums und seines Besitzes, im Gegensatz einer bloßen Servitut, hinstellen wollte. Was hiernach der Schlußsatz des ganzen Abschnittes ausspricht, ist nichts anderes, als ein Leugnen des fremden früheren Besitzes dadurch, daß man behauptet, selber zu jener Zeit Besitzer gewesen zu sein. Der Beklagte behauptet, die Thatsache, daß das Dach seines Hintergebäudes 2 Fuß über die Umfassungsmauer vorgesprungen sei, zeige klar, daß das innerhalb des Raumes zwischen dem Tropfenfall dieses Daches und der Mauer gelegene Terrain schon damals in seinem Besitze gewesen sei, und er also durch den Neubau auf diesem Terrain dem Kläger nicht einen Besitz, den dieser gar nicht gehabt, habe nehmen können. Damit war bestimmt zu erkennen gegeben, daß der vom Kläger behauptete frühere Besitz der streitigen Strecke geleugnet werde; und nur darauf kommt es für jetzt an, nicht auf die, möglicher Weise bei Führung eines Gegenbeweises zu erwägende Frage, ob das vom Beklagten Angeführte zur Begründung seines behaupteten Besitzes genüge. Uebrigens würde man, auch wenn

der Sinn der beklagtischen Erklärung minder deutlich hervorträte, die vorstehende Auffassung anzunehmen haben, zwar nicht aus Rücksicht auf die Parteirolle des Beklagten, aber weil die Vorträge einer jeden Partei im Zweifelsfall in dem für den Vortragenden günstigeren Sinne auszulegen sind.

---

94. Hamburg.

J. H. Schröder & Co. in Hamburg Namens ihres unter gleicher Firma geführten London-Hauses, Kläger, wider **J. Jonas jun.** in Hamburg, als Theilhabers der früheren Firma **Jonas Josephi & Co.** in Leeds, Beklagten, actio judicati betreffend.

---

1. Fall einer in Hamburg aus einem englischen Urtheil angestellten actio judicati.

2. Etwaige Mängel der Vorladung des Beklagten können zwar zur Vernichtung eines Contumacial-Erkenntnisses führen, kommen aber nicht in Betracht, wenn der Beklagte vor Gericht erschienen ist und sich auf die Klage eingelassen hat.

3. Die Nichtigkeit eines Urtheils, sie mag im Wege der Querel oder der Einrede verfolgt werden, ist nur soweit zu berücksichtigen, als Nichtigkeitsgründe ausdrücklich und speciell geltend gemacht worden sind.

Rechtsfall. J. Jonas jun. und Edward Josephi waren Inhaber der Firma Jonas Josephi & Co. in Leeds, welche im Jahre 1865 ihre Insolvenz erklärte. Am 23. November 1865 kam zwischen den Schuldnern und einem Theil ihrer Gläubiger ein Abkommen zu Stande, wonach die Gesammt-Activa den Gläubigern übertragen und durch Administratoren, trustees, liquidirt werden sollten, wogegen den Schuldnern

völlige Entlastung zugesichert wurde. Zu den Gläubigern der Firma gehörten u. a. J. H. Schröder & Co., welche sowohl in Hamburg als in London ein Geschäft unter dieser Firma haben. Dieselben waren jenem Abkommen nicht beigetreten, und bestreiten dessen Verbindlichkeit für sie, theils weil es an der zum Zwangsaccord erforderlichen Majorität von Gläubigern fehle, theils weil die Schuldner durch Unvollständigkeit der Güterabtretung sich des Rechts auf Entlastung verlustig gemacht hätten. Nachdem das Abkommen (Indenture, deed of conveyance) am 18. December 1865 dem Bankerottgerichtshofe überreicht worden war, erhielten die Schuldner am 22. desselben Monats das Certificate („Protection"), wodurch sie nach englischem Recht gegen Rechtsverfolgung gesichert wurden. J. H. Schröder & Co. traten mit ihrer Forderung von £ 2415. 4 s. 3 d. im September 1865 beim Handelsgericht in Hamburg, woselbst Jonas ein Grundstück in Harvestehude besaß, klagend auf, ließen ihre Klage jedoch angebrachtermaßen fallen und erhoben im December 1866 gegen die beiden Inhaber der falliten Firma Klage bei dem Court of Common Pleas zu London. Nach verhandelter Sache, wobei ein gewisser Tagart als Vertreter der beiden Beklagten vor dem Gerichtshof (nicht auch vor der Jury) erschienen war, erfolgte am 23. December 1867 die Verurtheilung derselben in den durch Zinsen und Kosten auf £ 2748. 18 s. 3 d. angewachsenen Schuldbelauf. Wenige Wochen später stellten J. H. Schröder & Co. sodann beim Handelsgericht zu Hamburg gegen Jonas die actio judicati an. Der Beklagte focht das Urtheil vom 23. December als nichtig an, indem er aus mehreren Gründen die Competenz des Court of Common Pleas bestritt, eventuell aber geltend machte, er sei durch ein ganz formloses, ihm von unbekannter Hand zugestelltes Schreiben geladen worden, sei deshalb auf den Rath eines englischen Solicitors nicht erschienen, und leugne, daß der Advocat, welcher für ihn mit aufgetreten sei (Tagart) dazu Auftrag von ihm gehabt habe; es sei möglich, daß Josephi dem An-

walt Auftrag ertheilt habe, was jedoch den Beklagten nicht binden könne. Damit verband der Beklagte die Einrede der Unstatthaftigkeit der Klage aus der früheren Forderung, indem das deed of conveyance, das Certificate und die auch zu Gunsten der Kläger geschehene cessio bonorum entgegenstehe, die Debitverwaltung noch fortbestehe und alles, was der Beklagte jetzt besitze, erst nach dem Fallissement erworben sei. Die Kläger bestritten sämmtliche Einreden und führten u. a. noch an, der Beklagte habe in England seine hamburgischen Activa, z. B. sein werthvolles Haus in Harvestehude, verheimlicht.

1) Das Handelsgericht

verwarf in seinem Erkenntniß vom 1. Juli 1868 die gegen die Competenz des Court of Common Pleas erhobenen Einwendungen, legte den Klägern den Beweis auf, daß der im Londoner Erkenntnisse genannte Tagart vom Beklagten zu seiner Vertretung im Court of Common Pleas der dort angebrachten Klage gegenüber autorisirt worden sei, sowie daß das Londoner Erkenntniß die Rechtskraft beschritten habe. Dem Beklagten aber ließ es zwei Beweise nach, einmal über die Zustimmung eines dritten mit £ 8000. betheiligten Gläubigers zu dem deed of conveyance — indem die Berufung hierauf als eine noch in der Executionsinstanz zulässige Einrede aufgefaßt wurde —, sodann darüber, daß der Beklagte seinen trustees alsbald nach Errichtung des deed von dem Harvestehuder Grundstück Kenntniß gegeben habe. In Bezug auf diesen Beweisnachlaß wurde in den Gründen bemerkt, es bleibe für jetzt dahin gestellt, welche Wirkung einzutreten habe, wenn nur der Beweis wegen des Grundstücks verfehlt werden sollte; namentlich ob dann etwa das Grundstück zur Verfügung der trustees zu stellen sei. Ebenso bleibe die Frage offen, welche Wirkungen einem in Hamburg etwa nothwendig gewordenen Concurse beizumessen sein würden und ob ein solcher Concurs etwa weniger als das gesammte beklagtische Vermögen zur Zeit solcher Concurseröffnung umfassen müßte.

Auf Appellation beider Theile erkannte

2) das Obergericht

unter dem 23. November 1868 abändernd dahin, daß unter Wegfall aller sonstigen Beweisauflagen der Obsieg des Klägers ausschließlich von dem den Klägern vorbehältlich des Gegenbeweises obliegenden Beweise abhängig zu machen sei,

daß das in Anl. 2 zur Klage beigebrachte Urtheil die Rechtskraft beschritten habe.

In den Gründen wurde die Einrede der Incompetenz des Court of Common Pleas gleichfalls für verwerflich erklärt, und sodann weiter bemerkt, der den Klägern auferlegte Beweis, daß das Urtheil vom 23. December 1867 die Rechtskraft beschritten habe, erschöpfe Alles, was zur Begründung des Antrags auf Vollstreckung erfordert werde. Die behauptete Nichtigkeit jenes Urtheils hätte wohl durch Erlasse einer dem Court of Common Pleas übergeordneten Justizstelle nachgewiesen werden können, sei aber kein Gegenstand der Prüfung des außerenglischen wegen der Vollstreckung angegangenen Gerichtes. Auch sei die aus dem Mangel der Vorladung hergeleitete Nichtigkeit ohne Weiteres zu verwerfen, weil nach dem bestehenden Recht (abweichend von dem Nürnberger Conferenzbericht über Gewährung der Rechtshülfe § 22) für die Vorladung einer Partei ebenso wie für das Proceßverfahren überhaupt die Gesetzgebung des Landes maßgebend sei, in welchem ein Rechtsstreit anhängig geworden sei, im vorliegenden Falle aber das competente englische Gericht implicite den Beklagten für ordnungsmäßig geladen und den Vertreter desselben für legitimirt erachtet habe. Ferner seien die Beweise über die Gültigkeit der Protection in Wegfall zu bringen, weil die indenture dem englischen Gerichte vorgelegt, darüber verhandelt und dessen ungeachtet die Verurtheilung erfolgt sei, so daß der Berufung des Beklagten darauf die replica rei judicatae entgegenstehe. Damit würden aber auch die Vorbehalte hinfällig, welche vom Handelsgericht in Betreff des Ergebnisses der eventuellen Vollstreckung gestellt worden seien.

Auf Appellation des Beklagten bestätigte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 16. November 1869 die obergerichtliche Entscheidung mit der Maßgabe, daß es bei dem Vorbehalte des handelsgerichtlichen Erkenntnisses, soweit er sich auf die Frage bezieht: „welche Wirkungen einem in Hamburg etwa nothwendig gewordenen Concurse beizumessen sein würden, und ob ein solcher etwa weniger als das gesammte beklagtische Vermögen zur Zeit solcher Concurseröffnung umfassen müßte", sein Verbleiben habe.

Entscheidungsgründe.

I. Die erste Beschwerde betrifft die Einrede der Incompetenz des Court of Common Pleas. (Es wird ausgeführt, daß diese Beschwerde wegen Conformität der beiden vorigen Entscheidungen unzuläßig sei.)

II. Die zweite Beschwerde bezieht sich auf die der actio judicati entgegengesetzte Einrede, daß das in Anl. 2 beigebrachte Urtheil des Court of Common Pleas deshalb an einer Nichtigkeit laborire, weil Beklagter zu dem in England wider ihn geführten Proceß nicht gehörig vorgeladen worden sei. Beklagter verlangt principaliter Wiederherstellung des vom Handelsgericht den Klägern auferlegten Replikenbeweises: daß der im genannten Gerichtshofe für den Beklagten aufgetretene Tagart von demselben zu seiner Vertretung autorisirt gewesen sei, eventuell Zulassung zu dem Beweise, daß das Schreiben in Anl. E. auch nach dem englischen Rechte eine gültige Ladung nicht sei. Diese Beschwerde muß als unbegründet verworfen werden, und zwar

A. schon deshalb, weil die Einrede nicht gehörig erfolgter Ladung dem Urtheile in Anl. 2 gegenüber, welches nicht in den Ungehorsam des Beklagten, sondern unter Berücksichtigung einer für denselben vorgebrachten materiellen Vertheidigung ergangen ist, überhaupt der Erheblichkeit entbehrt.

1) Daß dem Urtheile des englischen Gerichtshofes der Charakter eines Contumacial-Erkenntnisses nicht zukommt, ist

klar. Dasselbe gründet sich nicht auf die Annahme, daß Beklagter, obgleich gehörig vorgeladen, vor dem Gerichte nicht erschienen sei, sondern auf Verhandlungen, an denen sich ein für die beiden damaligen Beklagten aufgetretener und vom Gerichte als legitimer Vertreter derselben behandelter Anwalt betheiligt hat. Die von diesem Anwalte auch Namens des jetzigen Beklagten vorgebrachte Einrede ist zum Spruche einer Jury verstellt worden. Die Jury hat ihr Verdict zu Gunsten der Kläger abgegeben, und auf Grund dieses Verdicts ist die Verurtheilung der Beklagten erfolgt. Daß der für sie aufgetretene Anwalt in der Verhandlung vor der Jury nicht erschienen ist, macht den Wahrspruch, beziehungsweise das auf dessen Grund ergangene Urtheil des Gerichtshofs nicht zu einem Contumacial-Erkenntnisse, wie sich schon daraus ergiebt, daß die Geschwornen, trotz der Abwesenheit der Beklagten, den Eid geleistet haben „to try the matter in question between the — — parties as to the issue within joined," und hiernächst bei diesem ihren Eid zu Gunsten der Kläger gesprochen haben, so daß es sich also bei ihrem Wahrspruche überall nicht um die Vollziehung eines von den Beklagten verwirkten Rechtsnachtheils, sondern um ein in die Materialien der Sache eingehendes Urtheil gehandelt hat.

2) Es ist einleuchtend, wie die Voraussetzung, daß die Beklagten durch einen legitimen Vertreter den Prozeß aufgenommen haben, für die Behandlung, die der englische Gerichtshof der Frage, ob eine genügende Ladung derselben erfolgt sei, angedeihen ließ, von entscheidender Bedeutung werden mußte. Wenn der Beklagte vor Gericht erscheint und sich auf die Klage einläßt, so bedarf seine vorausgegangene Vorladung keiner näheren Constatirung. Für das Urtheil in Anl. 2 bildet nicht die Annahme, daß Beklagter in rechtsgültiger Weise vorgeladen worden, sondern die Annahme, daß er sich in den vor dem Court of Common Pleas gegen ihn anhängig gemachten Proceß eingelassen habe, eine wesentliche Grundlage. Es kann also auch nicht ein Mangel in

der Vorladung, sondern möglicherweise nur ein Mangel in der Vertretungsbefugniß des im Namen des Beklagten erschienenen Anwaltes den Grund einer anzunehmenden Richtigkeit jenes Urtheils bilden.

Dieser letztere Richtigkeitsgrund aber ist vom Beklagten gar nicht geltend gemacht worden. Zwar hat er in der Vernehmlassung auf die Klage geleugnet, daß der englische Advokat, welcher im Court of Common Pleas für ihn aufgetreten sei, dazu Auftrag von ihm gehabt habe. Allein nur in dem Zusammenhange und der Richtung, daß der in Beziehung auf die Ladung vorliegende Mangel auch nicht durch Einlassung des Beklagten in den Proceß geheilt sei. Die Richtigkeit setzt er allein in den Mangel einer gehörigen Ladung. Einen selbstständigen Richtigkeitsgrund darin zu finden, daß der Gerichtshof auf Grund von Verhandlungen, die ein nicht legitimirter Vertreter für den Beklagten vorgenommen, ein Urtheil gesprochen habe, konnte dem Beklagten um so weniger in den Sinn kommen, als er jenes Urtheil für ein Contumacial-Urtheil erachtete; eine Auffassung, bei der er auch noch in der gegenwärtigen Instanz verblieben ist. Das Ober-Appellations-Gericht hat aber immer streng daran festgehalten, daß eine exceptio resp. querela nullitatis nur insoweit Berücksichtigung finden könne, als Richtigkeitsgründe darin ausdrücklich und speciell geltend gemacht worden sind.

Es würde übrigens auch

B. wenn es auf die Frage, ob eine gehörige Ladung des Beklagten vorliege, ankäme, dem Obergerichte aus dessen Gründen darin beigetreten werden müssen, daß es auf die für Ladungen, sei es nach hamburgischem, sei es nach englischem Rechte, vorgeschriebenen Formalitäten hier nicht ankommen kann, sondern zur Beseitigung der dem Verfahren des englischen Gerichtes vorgeworfenen Richtigkeit es genügt, daß Beklagter zugiebt, von dem vor demselben gegen ihn anhängig gemachten Verfahren und der Seitens des Gerichtshofs gegen ihn verfügten Ladung in solcher Weise in Kennt-

niß gesetzt worden zu sein, daß er über die materielle Sachlage nicht im Zweifel gewesen ist.

III. Die dritte Beschwerde betrifft zwei Punkte:

A. die vom Obergerichte ausgesprochene Verwerfung der Einrede aus dem Certificat Anl. D — der sogenannten Protection — und

B. die Beseitigung des vom Handelsgerichte in Beziehung auf die etwa nöthig werdende Eröffnung eines Concurses gegen den Beklagten gemachten Vorbehaltes.

Es muß

zu A den vorigen Richtern darin beigetreten werden, daß die fragliche Einrede auf Grund der ihr entgegenstehenden replica rei judicatae zu verwerfen sei. Wenn der Beklagte

1) dem Obergerichte vorwirft, daß es den Klägern eine von ihnen gar nicht vorgeschützte Replik suppeditirt habe, so genügt es zur Beseitigung dieses Einwandes schon, daß bereits die Klage die Behauptung enthielt, Beklagte hätten vor dem Court of Common Pleas zu ihrer Vertheidigung angeführt, daß sie ein Arrangement mit ihren Gläubigern geschlossen hätten, an welches auch die Kläger gebunden seien. Da Letztere dies bestritten, so sei die Entscheidung des Rechtsstreits einer Jury überwiesen worden und diese habe die Beklagten zur Zahlung von £ 2655 verurtheilt. Die mit der Klage producirte Abschrift der Verhandlungen vor dem englischen Gerichte bestätigt diese Angabe im Wesentlichen, und Kläger haben in der Replik wiederholt geltend gemacht, es komme auf die Materialien der fraglichen Einrede nicht an, sondern sei einfach das auswärtige Erkenntniß zu berücksichtigen. Durchschlagend ist jedenfalls folgender Passus der Replik:

„Auch sei ja das Erkenntniß des Court of Common „Pleas jüngeren Datums als die Protection und gehe „derselben vor, um so mehr als der erwähnte Gerichtshof, „obgleich ihm die aus dem Bankerottverfahren hergenommene „Einrede bekannt gewesen, dieselbe nicht attendirt habe."

2) In materieller Beziehung kann im Wesentlichen auf die Gründe des Obergerichts Bezug genommen werden. Was Beklagter dagegen in dieser Instanz vorgebracht hat, bedarf kaum noch einer besonderen Widerlegung.

a. Es sei actenwidrig, daß die Indenture dem Court of Common Pleas vorgelegt worden, vielmehr enthalte das betreffende Protokoll nur die Behauptung des Tagart, daß die Indenture existire und eine Copie derselben. Aber eben dies genügt, um die Einrede aus der Indenture als vorgeschützt ansehen zu müssen. Tagart berief sich auf den Vergleich in dem Sinne, daß, weil die gesetzlichen Voraussetzungen vorlägen, Kläger daran ebenso gebunden seien, als ob sie selbst daran Theil genommen hätten. Der Zweck des ganzen Vorbringens war unverkennbar der, darauf hin eine Abweisung der Kläger mit ihrer Klage und Verweisung derselben an die in den Händen der trustees befindliche Masse zu erwirken.

b. Es sei actenwidrig, daß aus der Indenture plaidirt worden. Vielmehr sei Tagart in dem zum Plaidiren (Verhandeln vor der Jury) angesetzten Termine ausgeblieben und deshalb mit seinem Plaidoyer ausgeschlossen worden. Es ist richtig, daß Tagart vor den Geschwornen nicht erschienen ist und also auch dort nicht plaidirt hat. Das Obergericht hat aber offenbar nur sagen wollen, daß im ersten Verfahren die Einrede aus der Indenture vorgebracht und von den Klägern bestritten worden sei, und das entspricht den Acten.

c. Der Spruch der Jury und das darauf ergangene Erkenntniß sei ein Contumacial-Urtheil, und könne deshalb daraus der Schluß nicht gezogen werden, daß die Indenture für unverbindlich für die Kläger erklärt worden sei. Durch das Contumacialurtheil sei nur festgestellt, daß die Einrede aus der Protection nicht erwiesen worden, nicht aber, daß sie de jure nicht zuständig gewesen sei. Es ist bereits gezeigt worden, daß dem Wahrspruche der Geschwornen der Charakter eines Contumacialurtheils nicht zukommt. Läge aber auch ein solches vor, so ist nicht abzusehen, warum die

Wirkung desselben eine andere und geringere sein sollte, als die eines auf beiderseitige Verhandlungen ergangenen Erkenntnisses. Käme dem Ausspruche der Jury auch wirklich nur die von dem Beklagten ihm beigemessene Bedeutung zu, daß die Einrede nicht erwiesen sei, so ist dies gerade genug, um eine aus diesem Grunde nicht berücksichtigte Einrede für definitiv verworfen zu halten. So ja auch nach gemeinem Rechte. Und daß das englische Recht in dieser Beziehung etwas Anderes enthalte, ist weder glaublich noch von dem Beklagten behauptet.

d. Beklagter beruft sich, wie schon in erster Instanz, insbesondere darauf, daß die Einrede aus der Protection ihm nach englischem Rechte auch noch gegen das Urtheil des Court of Common Pleas zustehe, und verlangt, schlimmsten Falls zum Beweise dieses von ihm behaupteten Rechtes zugelassen zu werden, dessen es übrigens (bei dem klaren Inhalte der sect. 198 der Act of Bankruptcy) nicht mehr bedürfen könne. Dieses Vorbringen würde, wenn jene Einrede vor dem Court of Common Pleas nicht vorgeschützt worden wäre, Berücksichtigung finden müssen, da seine rechtliche Bedeutung die ist, daß die fragliche Einrede nach englischem Rechte noch in der Executions-Instanz zulässig sei, also auch der actio judicati gegenüber zugelassen werden müsse. Aber die Einrede ist schon im ersten Verfahren vorgeschützt, durch den Spruch der Jury verworfen und auf Grund dieses Spruchs der Beklagte vom Gerichtshofe zur Zahlung, in der gewöhnlichen Form eines solchen Erkenntnisses,

Rüttimann, der engl. Civilproceß § 412 und Anhang № LII. (p. 273),

verurtheilt worden. Das englische Recht müßte also, wenn das Begehren des Beklagten darin eine Grundlage finden sollte, die Bestimmung enthalten, daß die hier in Frage stehende Einrede, auch wenn sie der Klage gegenüber vorgebracht und verworfen ist, in der Executions-Instanz nochmals vorgeschützt werden könne. Die Behauptung eines so widersinnigen Rechtes hat aber Beklagter selbst nicht aufzustellen gewagt.

Zu B hat das Handelsgericht in seinem Erkenntnisse „den Parteien weitere Gerechtsame nach Ausfall des Beweisverfahrens vorbehalten.“ Dieser Vorbehalt bezog sich ausweislich der Entscheidungsgründe auf zwei Punkte:

1) die Frage, welche Wirkung einzutreten habe, wenn Beklagter den Nachweis, daß er von seinem hamburgischen Grundstücke seinen trustees rechtzeitig Kenntniß gegeben habe, verfehlen sollte, und

2) die in den Parteiverhandlungen angeregte Frage: „welche Wirkungen einem in Hamburg etwa nothwendig gewordenen Concurse beizumessen sein würden, und ob ein solcher etwa weniger als das gesammte beklagtische Vermögen zur Zeit solcher Concurseröffnung umfassen müßte.“ – Wenn das Obergericht nun am Schlusse seiner Entscheidungsgründe bemerkt hat, daß „mit der nur noch durch den Beweis der Rechtskraft des Erkenntnisses des Court of Common Pleas bedingten Hinfälligkeit der Protection und der Hinfälligkeit der Verbindlichkeit der Indenture für die Kläger auch die Vorbehalte hinfällig werden, welche im Erkenntnisse a quo in Betreff des Ergebnisses der eventuellen Vollstreckung gestellt worden sind,“ so ist es allerdings selbstverständlich, daß mit Streichung des sub 1) erwähnten Beweises auch der bezügliche Vorbehalt hinwegfällt. Insofern sich dagegen jene Bemerkung der vorigen Richter auf den unter 2) gedachten Vorbehalt bezieht, scheint derselben ein Mißverständniß zu Grunde zu liegen.

Zu diesem Vorbehalte hat die vom Beklagten in äußerster Eventualität vorgeschützte Einrede Veranlassung gegeben, daß während der Dauer eines englischen Concurses selbst ein Concursschuldner, der kein Certificat habe, von einzelnen Gläubigern niemals mit der Wirkung belangt werden könne, daß eine Execution in sein nach dem Concurse erworbenes Vermögen verstattet werde. Es habe aber Beklagter Alles, was er jetzt besitze, nach seinem Concurs erworben. Die ganze Klage ziele darauf ab, zu Gunsten eines englischen Hauses einen unzulässigen hamburgischen Special-

concurs herbeizuführen. Das Erkenntniß über diese Einrede, die, wie sie vorgebracht ist, keineswegs mit der Einrede aus der Protection zusammenfällt, resp. durch deren Verwerfung ihre materielle Erledigung gefunden hat, ist vom Handelsgerichte ausgesetzt, und das Obergericht war, da eine Beschwerde in dieser Richtung nicht erhoben war, gar nicht in der Lage auf den fraglichen Vorbehalt näher einzugehen, wie es denn auch nicht auf Grund einer materiellen Beurtheilung der Einrede, sondern nur deshalb dazu gekommen ist, denselben für hinfällig zu erklären, weil dies eine selbstverständliche Folge der Hinfälligkeit der Protection sei.

Hamburg. 95.

J. C. Julius Möller zu Hamburg, Kläger, wider **Ziekursch & Schröder** daselbst, in Vollmacht der Preußischen National-Versicherungs-Gesellschaft in Stettin, Beklagte, Assekuranzforderung betreffend.

Wo eine Bedingung des Versicherungsvertrages nicht erfüllt ist, kommt es auf den Causalzusammenhang zwischen der Nichterfüllung und dem Unfall nicht an.

Rechtsfall. Im Juli 1868 hatte der Kläger Bco. ℔ 10,000. bei den Beklagten versichert „auf Waffen, theils in Kisten, theils lose, von Harburg nach Hamburg," und zwar ohne Nennung des Schiffes, jedoch unter Angabe des Schiffers Boothby. Letzterer nahm nun am Bahnhof zu Harburg 2999 Stück Gewehre in sein Fahrzeug, um sie nach Hamburg zu bringen. Am 3. August kam er hinter den ihm aufgegebenen Speicher am Herrengraben in dem dortigen Fleet (Canal) an, konnte jedoch bis zum Dunkelwerden nur einen

Theil der Gewehre ausladen, und legte deßhalb sein Fahrzeug, den Pony, für die Nacht an eine in der Nähe befindliche Stelle des Fleets, den sogenannten Pferdeborn. Es trat die Ebbe ein, und während derselben lief das Wasser so weit ab, daß das Fahrzeug auf den dort schlammigen Grund kam und sich dergestalt eindrückte (einsog), daß es mit Eintreten der Fluth sich nicht sofort wieder heben konnte, das Wasser vielmehr beim Höhersteigen in das offene Boot hineinlief. Auf diese Weise entstand ein, in quanto übrigens nicht bestrittener Schade, den der Kläger von den Beklagten ersetzt verlangte. Diese Letzteren bestritten das Recht des Klägers auf Grund der Bestimmungen der Police; zunächst auf Grund des § 3,*) weil das Schiff ein offenes gewesen sei; sodann unter Berufung auf § 7 und § 17,**) weil das Fahrzeug untauglich und überladen gewesen, was der Kläger, der dasselbe aus früherer Benutzung kannte, gewußt habe. Für den Transport der Waaren von Harburg nach Hamburg sei ein bedecktes Schiff erforderlich gewesen. Eventuell wäre der Schiffer jedenfalls in culpa gewesen, und der Kläger habe nach § 12***) den Schadensanspruch an den Schiffer sicher stellen müssen, was nicht geschehen sei. Der Kläger erwiderte: die Bestimmung des § 3 trete da nicht ein, wo, wie dies im Verkehr zwischen Harburg und Hamburg der Fall, überhaupt Waaren-Transport in unbedeckten Fahrzeugen

---

*) § 3. Güter in offenen (nicht mit Verdeck versehenen) Fahrzeugen sind versichert „frei von Qualitäts-Verschlechterung durch Wasser."

**) § 7. Versicherungen ohne Angabe des Schiffes werden freilich angenommen und geleistet, allein Letzteres nur

„unter der ausdrücklichen Bedingung, daß der Transport durch ein taugliches Fahrzeug geschehe."

§ 17. Eine Ueberladung des Schiffes mit Wissen des Versicherten befreiet die Gesellschaft von der Ersatzpflicht.

***) § 12. Ist ein Schaden durch culpa des Schiffers veranlaßt, so hat der Versicherte den Ersatzanspruch an denselben möglichst sicher zu stellen (durch Retention, Arrestschlag oder dergl.). Die Einrede der Vorausklage des Schiffers wird der Gesellschaft nicht eingeräumt.

vorkäme. Jedenfalls stehe den Beklagten § 4*) der Police entgegen. Der Pony sei übrigens ein taugliches Schiff, und sollte dies dennoch nicht der Fall sein, so habe der Kläger wenigstens dies nicht gewußt, ebensowenig, wie daß eine Ueberladung, wenn solche vorgekommen, stattgefunden habe. Den Beklagten sei der Name des Schiffers aufgegeben und sie hätten das Fahrzeug desselben, den Pony, sehr wohl gekannt, also gewußt, um welches Schiff es sich handele. Einer Versäumniß in Betreff der Schadenssicherstellung habe man sich nicht schuldig gemacht.

Das Handelsgericht verurtheilte am 19. November 1868 die Beklagten der Klagbitte gemäß, da der Unfall unbestritten in einem Canale der Stadt vorgekommen sei, und nach § 4 dort die Gewehre jedenfalls in einem offenen Fahrzeug hätten sein dürfen, selbst wenn der Pony sonst für die Fahrt zwischen den beiden Elbufern ungeeignet gewesen sein sollte.

Vom Obergerichte ward dagegen am 5. April 1869 erkannt, daß Beklagte zu erweisen hätten, der Pony sei zu dem in Rede stehenden Transport von Harburg nach Hamburg um die betreffende Zeit untauglich gewesen, wogegen dem Kläger der Gegenbeweis nicht nur im Allgemeinen, sondern auch speciell dahin vorbehalten bleibe, daß die Beklagten bei Uebernahme der Versicherung gewußt hätten, der Pony gehöre dem Schiffer Boothby und werde zum Transport von Harburg nach Hamburg benutzt werden.

In den Entscheidungsgründen wird bemerkt, daß mit dem Handelsgericht zwar die Berufung auf den § 3 der Policebedingungen zu verwerfen sei, dagegen diejenige auf § 7 Berücksichtigung verdiene, indem dieser Paragraph die Tauglichkeit des Fahrzeuges für eine Bedingung erkläre, es somit

*) § 4. In die Assekuranz ist eingeschlossen „die Gefahr ortsüblicher Lichter“ und speciell für Hamburg „die Gefahr in sogenannten Schuten oder Zollkähnen.“ Doch dürfen die Waaren nur 24 Stunden in solchen Fahrzeugen sein.

auf die Frage nach dem Causalzusammenhang nicht weiter ankomme. Nur müsse dem Kläger die replica doli zum Beweise nachgelassen werden.

Auf beiderseitige Berufung ward das Erkenntniß des Obergerichts vom Ober-Appellations-Gericht am 19. November 1869 bestätigt aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Unter den von den Parteien in deren resp. Appellationen aufgestellten Beschwerden war

I. die Principalbeschwerde der Beklagten, daß nicht, in Anwendung des § 3 der Policen-Bedingungen auf die versicherten, in einem offenen Fahrzeuge verladen gewesenen Gewehre, die erhobene Klage sofort abgewiesen worden sei, weil gegen duae conformes gerichtet, als unstatthaft zu verwerfen.

Der Versuch der Beklagten, die Conformität der früheren Erkenntnisse in Betreff des hier in Rede stehenden Punktes zu bestreiten, ist ein verfehlter. Daß das Obergericht die Wirkungslosigkeit der beklagtischen Berufung auf den § 3 ausgesprochen habe, ist von den Beklagten anerkannt worden. Dagegen behaupten sie, das Handelsgericht habe ihre auf den § 3 gestützte Einrede gänzlich unberücksichtigt gelassen, so daß nur die Entscheidung Einer Instanz, des Obergerichts, über dieselbe bisher erfolgt sei. Diese Behauptung entbehrt indeß jedes Grundes. — Das Handelsgericht hat die Beklagten, unter Verwerfung aller Einreden derselben, in die geforderte Schadenssumme verurtheilt. Unter diesen Umständen könnte nur dann angenommen werden, daß unter den verworfenen Einreden diejenige aus dem § 3 sich nicht befunden habe, wenn erhebliche Gründe für die Annahme vorlägen, daß das Handelsgericht dieselbe, obschon die Verhandlungen der Parteien nachdrücklich darauf gerichtet gewesen waren, wirklich unbeachtet gelassen habe. Dergleichen Gründe liegen jedoch nicht nur nicht vor, sondern es ergiebt sich positiv aus dem Handelsgerichts-Erkenntnisse, daß die fragliche Einrede in Erwägung gezogen worden ist. — Der

erste und zweite Absatz der Entscheidungsgründe enthalten folgende Argumentation. Die Tauglichkeit und Fahrt-Ueblichkeit des Pony für die in Rede stehende Verschiffung könne, so weit es auf die Reise bis Hamburg hätte ankommen können, auf sich beruhen bleiben, da der den Schadensanspruch veranlassende Unfall nach Vollendung jener Reise in einem Canal der Stadt stattgefunden habe; dort sei „nach Maßgabe der Policenbedingungen“ der Pony ein derartiges Schiff gewesen, daß die Beklagten in Betreff desselben den Einwand beschränkter Verantwortlichkeit nicht hätten erheben dürfen. Daß das Wort „Policenbedingungen“ sich hier nicht mit auf den § 3 bezogen, und das Handelsgericht die seitens der Beklagten in der vorangegangenen Verhandlung unter Berufung auf diesen § 3 beanstandete Beschaffenheit des Pony, als eines offenen Fahrzeuges, nicht im Sinne gehabt habe, kann nicht einmal mit einem Schein des Rechtes behauptet werden.

II. Die Principalbeschwerde des Klägers, daß nicht das condemnatorische Erkenntniß des Handelsgerichts confirmirt worden sei, bekämpft nicht etwa die Annahme des Obergerichts, daß der § 7 der Policenbedingungen die „Tauglichkeit“ eines für eine gewisse Verschiffung benutzten, seitens des Versicherten nicht namhaft gemachten Schiffes als „Bedingung“ der Verbindlichkeit der geschlossenen Assekuranz hinstelle, und ebensowenig greift der Kläger den vom Obergerichte zu Grunde gelegten, vom Handelsgerichte unangewendet gelassenen Satz an, daß wo eine Bedingung des Versicherungsvertrages nicht erfüllt sei, es auf den Causalzusammenhang zwischen der Nichterfüllung und dem Unfall nicht ankomme; die Begründung der Beschwerde beruhet vielmehr darauf, daß das Obergericht mit Unrecht den Begriff der in § 7 verlangten „Tauglichkeit des Schiffes“ von der sogenannten relativen Tauglichkeit verstanden habe, während nach der in Rede stehenden Policenbestimmung Versicherungen nur dann unverbindlich sein sollten, wenn die nicht namhaft gemachten Schiffe (als Fahrzeuge oder doch

als Frachtschiffe) absolut untauglich seien. Da nun die Beklagten eine absolute Untauglichkeit nicht behauptet hätten, so falle die auf den § 7 gestützte Einrede gänzlich hinweg, und das condemnatorische Erkenntniß des Handelsgerichts sei wieder herzustellen.

Ohne Zweifel läßt sich selbst in Beziehung auf die Frachtschifffahrt auf Flüssen die Möglichkeit des Vorkommens absolut untauglicher Schiffe statuiren, allein diese Untauglichkeit ist es nicht, oder doch nicht allein, welche der § 7 mit Unwirksamkeit der Versicherung bedrohet, vielmehr führt eine unbefangene Erwägung der bei dem § 7 vorausgesetzten Umstände und des Wortlauts dieses Paragraphen darauf hin, daß jede Untauglichkeit des zum Transport verwendeten Schiffes — die absolute sowohl, wie die relative — die Versicherung annullire.

In dem bei dem § 7 vorausgesetzten Falle — wenn der die Assecuranz Beantragende das Schiff, in welchem die zu versichernden Güter verladen sind oder werden sollen, nicht angeben kann, oder wenigstens nicht angiebt — ist es den Versicherern unmöglich, die unter gewöhnlichen Umständen thunliche Berücksichtigung der Art, Größe und Beschaffenheit des Schiffs, unter Benutzung der dafür vorhandenen Materialien stattfinden zu lassen oder Erkundigungen darüber einzuziehen. Sie würden hiernach Bedenken tragen müssen, auf die Versicherung überhaupt einzugehen, wenn nicht der Ausweg sich darböte, die Verbindlichkeit der Versicherung an die „Bedingung“ zu knüpfen, daß die Art, die Größe und die sonstige Beschaffenheit des Schiffes zu keinem gegründeten Bedenken in Betreff derjenigen Reise und des Transports, auf welche es ankomme, Veranlassung gäben. Dieser Ausweg ist es, von welchem der § 7 zu verstehen ist, wenn er es ausspricht, wo es nicht möglich sei, Art und Name des Schiffes anzugeben, könne

„auf die bloße Angabe der Natur der Waare, ihres ungefähren Werthes und Quantums, sowie der Fahrstrecke, die Versicherung geleistet werden, jedoch unter der aus-

brücklichen Bedingung, daß der Transport durch ein taugliches Fahrzeug geschehe."

Man würde den Worten des § 7 Gewalt anthun, wenn man die darin verlangte „Tauglichkeit" auf die Fähigkeit des Schiffes, sich selbst über dem Wasser zu erhalten oder doch irgendwelche Waaren auf irgend einer Fahrstrecke zu transportiren, beschränken wollte, denn es wird mehr als diese Fähigkeit gefordert; nämlich eine solche Art und Beschaffenheit des Schiffes, daß es geeignet sei, die versicherte Waare, ihrer Natur und ihrem Quantum nach, auf der betreffenden Fahrstrecke und unter den sonst in Betracht kommenden Umständen ohne besondere Gefahren zu transportiren.

Jedes Grundes entbehrt auch die Behauptung des Klägers, daß der § 7 deshalb keine Anwendung hier finden könne, weil bei der vorliegenden Versicherung das Schiff nicht unbestimmt geblieben sei. Die Unbestimmtheit liegt ausweise der Police, in welcher der Name des Schiffes offen geblieben und nur der Schiffseigner („Boothby") genannt worden ist, vor. Daß die Beklagten hier aus der Nennung des Schiffs-Eigners auf ein bestimmtes Schiff hätten schließen können und müssen, kann auf die bloße klägerische Behauptung hin nicht angenommen werden. Sollte sich dies so verhalten, so würden die Beklagten, da dem Kläger dies zu beweisen vom Obergerichte gestattet ist — bei welchem Beweise es, wie unten zu zeigen ist, sein Verbleiben behalten wird —, unterliegen müssen.

Durch das Bisherige ist zugleich

III. die erste Eventualbeschwerde des Klägers erledigt, daß nicht der den Beklagten aufgelegte Beweis auf die absolute Untauglichkeit des Pony gerichtet worden sei.

Nicht minder ist aber auch

IV. die zweite Eventualbeschwerde des Klägers unbegründet, daß nicht mit dem Beweise der (relativen) Untauglichkeit des Pony copulativ der Beweis klägerischer Kunde solcher Untauglichkeit verbunden worden sei.

Daß der § 7 die Tauglichkeit des Schiffes **schlechthin**, also gleichviel, ob deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dem ohne Nennung oder sonstige specielle Bezeichnung des Schiffes Versicherung Nehmenden bekannt sei oder nicht, als Bedingung der Versicherung aufstellt, ergiebt sich aus dessen oben mitgetheiltem Wortlaut und näher dargelegtem Sinn. — Der Kläger bringt denn auch vergeblich mit dem § 7 den § 17 in Verbindung. Dieser letztere Paragraph redet nicht von dem Ausnahmsfalle des § 7, sondern setzt den gewöhnlichen Fall voraus, wenn das Schiff dem Versicherer aufgegeben worden ist. **Alsdann** soll eine etwanige Ueberladung des Schiffes dem Versicherten nur unter der Voraussetzung zur Last gebracht werden, wenn sie mit seinem Wissen geschehen wäre. Dies — an sich völlig correct — übt auf die Fälle des § 7 ebensowenig einen Einfluß aus, als ein Widerspruch zwischen dem § 7 und dem § 17 dadurch herbeigeführt wird. Die Untauglichkeit des Schiffes für einen gewissen Transport kann unter Umständen auch in einer relativ zu großen Schwere der zu transportirenden Gegenstände bestehen. Wäre z. B. für den Transport einer Waare zum Gewicht von 1000 Centnern ein Schiff gewählt, welches nur mit einer Belastung durch 800 Centner ungefährdet eine Reise machen kann, so ist Untauglichkeit des Schiffes anzunehmen. Sie macht die Versicherung unwirksam, absolut im Falle des § 7, nur beim Vorhandensein der Wissenschaft des Versicherten im Falle des § 17.

V. Die Eventualbeschwerde der Beklagten, daß dem Kläger der Beweis der replica doli (der beklagtischen Wissenschaft in Betreff des Punktes, daß der Pony zum Transport werde benutzt werden) verstattet worden sei, scheint, so weit ihre Begründung verständlich ist, auf der zufolge des vorstehend Bemerkten unbegründeten, auch auf Seiten des Beklagten vorkommenden Nicht-Unterscheidung der Fälle des § 7 und des § 17 zu beruhen; es bedarf hiernach in Betreff derselben keiner weiteren Bemerkungen.

Lübeck. 96.

C. H. H. Freese zu Lübeck, Kläger, wider **N. C. Müller** daselbst, Beklagten, Subhastation des Gutes Brandenbaum betreffend.

Die **Klage** gründete sich auf einen Auszug aus dem Schuld- und Pfandprotokoll für das Landgut Brandenbaum, wonach dem Kläger 25,000 ℔ Ct. 16tes Pfandgeld ohne Zinsen in des Beklagten Landgut geschrieben ständen, bei welchem Posten sich die Note befinde:

> „zufolge Verpfändungsprotokolls vom 7. Mai 1861 soll der nebige Pfandposten als Caution für die richtige Erfüllung aller von dem Pfandgläubiger in dem zwischen ihm und dem Pfandschuldner am 5. November 1860 geschlossenen Pachtcontracte übernommenen Verpflichtungen gelten, derselbe bis zur Beendigung der Pachtzeit zinsenfrei und unkündbar stehen bleiben und bei Beendigung der Pacht ohne weitere Kündigung an den Pfandgläubiger zurückgezahlt werden."

In Gemäßheit Notariatsdocuments vom 1. September 1868 sei nun am gedachten Tage durch gegnerische Aufhebung der Pachtcontract beendet, und ein ferneres Notariatsdocument vom 16. September bekunde, daß die Rückzahlung des Pfandpostens nebst 5 Procent Verzugszinsen vom 1. September an begehrt, aber geweigert worden sei.

Die Bitte ging demnach dahin: die Subhastation des Grundstücks unter den üblichen Verkaufsbedingungen zu erkennen, dasselbe mit Beschlag zu belegen und Verkaufstermin anzuberaumen, in welchem u. s. w.

Der Beklagte machte hiegegen geltend: der fragliche Pfandposten sei lediglich ein Sicherheitsposten, dessen Geltend-

machung dem Kläger erst zustehe, wenn er allen seinen Verpflichtungen gegen den Beklagten aus dem Pachtverhältniß im weitesten Umfange nachgekommen sei und dann die Rückzahlung der Cautionssumme nicht erfolge. Kläger habe die Erfüllung jener Verpflichtungen nicht einmal behauptet, geschweige denn dargethan. Aber auch abgesehen davon, daß der Pfandposten nur ein Sicherheitsposten sei, sei derselbe auch nicht fällig, und nicht, jedenfalls zur Zeit nicht, exigibel. — Das Stadt- und Landgericht wies durch Erkenntniß vom 16. October 1868 die erhobene Subhastationsklage angebrachtermaßen ab. Aus der dem Pfandposten hinzugefügten Note ergebe sich unzweifelhaft, daß die dem Beklagten hingegebenen 25,000 ℳ nicht etwa als eine einfache Schuld des jetzigen Beklagten angesehen, sondern als Vorschuß zur Sicherstellung der von dem Kläger als Pächter in dem Pachtcontracte vom 5. November 1860 gegen den Beklagten übernommenen Verpflichtungen dienen sollte, daß daher schon nach der Natur eines solchen Pachtvorschusses, wie auch nach ausdrücklicher Bestimmung im § 16 des in der Note in Bezug genommenen Pachtcontracts, diese Sicherheit dem Verpächter, Beklagten, bis zur gänzlichen Liquidirung der Pachtverhältnisse zwischen den Parteien verbleiben solle.

Dies Erkenntniß ward vom Obergericht unterm 12. December 1868 bestätigt, in Erwägung: daß die vom Kläger in dieser Instanz erwähnten, von dem Ober-Appellations-Gericht dargelegten Grundsätze über die Natur eines Pachtvorschusses und einer auf Rückzahlung eines solchen angestellten Klage,

vgl. Wunderlich, Jurisprudenz des O.-A.-Gerichts in Lübecker Sachen Bd. I. S. 349 - 350,

sich auf die materielle Seite eines solchen Rechtsverhältnisses bezögen, während es im vorliegenden Falle lediglich um die formellen Voraussetzungen eines Subhastations-Processes sich handle; daß nach § 16 des am 5./7. November 1860 zwischen den Parteien abgeschlossenen Pachtcontracts der Verpächter den Vorschuß „bis zur gänzlichen Aufhebung und Liqui-

dirung des Pachtverhältnisses einzuhalten berechtigt" sei, daß folglich zu dem im Subhastationsprocesse erforderlichen Beweise der Fälligkeit nicht bloß der Beweis der Aufhebung, sondern auch derjenige der Liquidirung des Pachtverhältnisses gehöre, welche letztere vom Kläger überall nicht behauptet, geschweige denn bewiesen sei.

Die vorstehenden Gründe beider vorderen Instanzen wurden in dem bestätigenden Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 18. November 1869 vollständig gebilligt.

Lübeck. 97.

Die Direction der Lübecker Privatbank, Klägerin, wider **Diedrich Theodor Lange** zu Lübeck, Beklagten, wegen Forderung aus einer Bürgschaft.

Diligentia in custodiendo. Wer solche zu prästiren hat, haftet auch für Diebstahl, wenn er nicht zu beweisen vermag, daß er denselben auch bei Anwendung der ihm obliegenden höchsten Sorgfalt nicht abzuwenden vermocht habe.

Rechtsfall. Bei Gelegenheit des Wollmarktes wurde von der Klägerin der Bote der Privatbank, Schmidt, wegen des großen Andrangs der Geschäfte als Hülfsarbeiter bei der Casse hinzugezogen, und bei diesem Anlaß ging eine Summe von 5000 ℳ, ohne daß man über deren Verbleib irgend etwas in Erfahrung bringen konnte, verloren. Die Klägerin nahm deßhalb, da der Bote Schmidt selbst unbemittelt war, den Beklagten aus einer für den Letzteren zum Betrage von Ct. ℳ 2000. geleisteten Bürgschaft in Anspruch, und es ging nun die Vertheidigung vor Allem dahin, daß

er, der Beklagte, zwar für den Boten Schmidt, als solchen, Bürgschaft geleistet habe, nicht aber aufzukommen habe für Vorkommnisse, die sich ereignet hätten, während die Bank den Schmidt nicht als Boten, sondern in ganz anderer Thätigkeit bei der Casse verwandt habe.

Das Stadt- und Landgericht hatte am 15. Januar 1869 den Beklagten für schuldig erkannt, für den Verlust der Bank, wenn solcher bewiesen werde, aufzukommen, und den deßfallsigen Beweis der Klägerin auferlegt. Vom Obergericht ward dies Erkenntniß unter dem 18. März 1869 bestätigt und eine dawider vom Beklagten eingewandte Berufung an das Ober-Appellations-Gericht vom Letzteren am 20. November 1869 zurückgewiesen, aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

I. Die erste und Principal-Beschwerde geht auf Zurückweisung der Klage. Dafür sind in erster Instanz — abgesehen von der nicht mehr in Betracht kommenden exceptio doli — zwei Gründe geltend gemacht worden: es fehle an der Darlegung eines gegen Schmidt begründeten Entschädigungsanspruchs der Klägerin, und es sei jedenfalls dieser Entschädigungsanspruch kein solcher, auf den die Bürgschaft in Anl. 1 sich erstrecke. Der erste dieser Gründe hat in den Motiven des angefochtenen Erkenntnisses seine ausreichende Widerlegung gefunden. Auch ist Beklagter auf denselben in gegenwärtiger Instanz nicht speciell zurückgekommen. Seine Ausführungen betreffen nur den zweiten Grund und laufen im Wesentlichen darauf hinaus, daß er nur für den „Boten" der Privatbank die Bürgschaft übernommen habe, der Anspruch der Klägerin aber aus einer Geschäftsführung erwachsen sei, welche dem Schmidt in der Eigenschaft eines „Cassirers" oder doch — was von der Klägerin zugegeben werde und ganz auf dasselbe herauskomme — eines „Hülfscassirers" obgelegen habe. — Nun ist es allerdings

A. vollkommen richtig, daß Beklagter eine Haftung nur für diejenige Geschäftsthätigkeit des Schmidt übernommen

hat, die demselben in der Eigenschaft eines „Boten der Privatbank" zukam. Die Worte des Bürgschafts-Instrumentes:

„— — Lange — — hat — — sich verpflichtet, für „den Boten der Lübecker Privatbank Schmidt in Betreff „aller und jeder Ansprüche, welche an gedachten Schmidt „aus seinen Geschäften für die Privatbank etwa erhoben „werden könnten, bis zur Summe von 2000 ℳ Ct. zu „haften,"

lassen über diese Absicht keinen Zweifel. Indessen bedarf es keiner Untersuchung, welche Geschäfte nach einer allgemeinen Begriffsbestimmung als zum Dienste eines Boten gehörig und welche als davon ausgeschlossen zu erachten sind. Denn Schmidt hatte zur Zeit, als Beklagter die Bürgschaft für ihn übernahm, eine Instruction, worin der Umkreis derjenigen Thätigkeit, welche ihm in der Eigenschaft eines „Boten der Privatbank" oblag, näher bestimmt war. Ob diese Instruction dem Beklagten schon damals bekannt war, darauf könnte es rechtlich nicht einmal ankommen. Uebrigens hat derselbe seine derzeitige Bekanntschaft mit derselben nicht bestritten, vielmehr ausdrücklich anerkannt, daß seine Verhaftung aus der Bürgschaft auf Grund der fraglichen Instruction zu beurtheilen sei; wie er denn auch jetzt noch gerade aus dieser Instruction einen Hauptgrund für den von ihm behaupteten beschränkten Umfang seiner Verbindlichkeit entnimmt.

Es kommt also

B. nur darauf an, ob die Geschäftsführung, bei welcher Schmidt den fraglichen Verlust erlitten hat, und welche von dem Beklagten als die eines Cassirers, von der Klägerin selbst als die eines Hülfscassirers bezeichnet wird, als eine innerhalb des durch die Instruction vorgezeichneten Dienstkreises fallende zu betrachten ist; und diese Frage kann nur mit den vorigen Gerichten bejahend beantwortet werden. Nach § 2 der Instruction sollten die Dienste des Boten „hauptsächlich in Geldzählen, Bestellen von Gewerben, Ueberbringung und Entgegennahme von Geldern und in der Beihülfe bei Entgegennahme und Beaufsichtigung verpfändeter

Waarenläger" bestehen. Es ist jedoch gleich hinzugefügt, daß die Thätigkeit des Boten keineswegs auf diese Geschäfte beschränkt sei. „Er hat sich vielmehr, heißt es daselbst weiter, allen und jeden Geschäften und Arbeiten willig zu unterziehen, welche ihm von der Direction der Bank oder den ihm vorgesetzten Beamten übertragen werden, und allen Weisungen dieser wie jener pünktlich und rasch Folge zu leisten." Die Bürgschaft in Anl. 1 umfaßt ganz allgemein die „Geschäfte des Boten bei der Privatbank," also nicht allein die in der ersten, sondern auch die in der zweiten Hälfte des cit. § 2 bezeichneten. Danach würde es, strenge genommen, zur Begründung der Haftbarkeit des Beklagten schon hinreichen, daß die Geschäftsführung, bei welcher das fragliche Manko sich herausgestellt, unbestrittenermaßen eine solche gewesen ist, der Schmidt im Auftrage der Direction, beziehungsweise seiner Vorgesetzten, sich unterzogen hat. Es muß aber dem Beklagten zugegeben werden, daß eine absolute und unbeschränkte Anwendung der fraglichen Bestimmung gegen den Sinn, in dem der Bürgschaftsvertrag eingegangen worden, angehen würde. Der Bürge durfte darauf rechnen, daß die Geschäfte, zu denen der Bote neben seiner Hauptthätigkeit herangezogen werde, nur solche sein würden, die dem allgemeinen durch dessen Instruction bestimmten Geschäftskreise angehörten, und würde seine Haftbarkeit mit Recht bestreiten, wenn dem Boten Geschäfte anderer Art, z. B. eine geistige Thätigkeit zugemuthet worden wäre, die als ganz außerhalb der Dienstsphäre eines derartigen Unterbeamten liegend angesehen werden müßte.

So steht aber vorliegend die Sache selbst dann nicht, wenn man die vom Beklagten in der Duplik gemachte Angabe über die dem Schmidt übertragen gewesene Geschäftsthätigkeit — welche Angabe übrigens in ihren Einzelnheiten von der Klägerin nicht zugestanden ist — zu Grunde legt. Auch nach dieser Angabe hatte Schmidt mit der Ausstellung der Quittungen und Anweisungen, sowie der eigentlichen Buchführung nichts zu thun. Er hat nur den Zugang und

Schlüssel zur Casse gehabt, eingehende Gelder in dieselbe gelegt resp. auszuzahlende Gelder daraus entnommen und den Empfängern zugezählt. Ueber die Eingänge, Ausgänge und den vorhandenen Saldo hatte er seinen Vorgesetzten Bericht zu erstatten, welchen diese mit dem Cassenbuche verglichen. Es ist nur eine Revision der Gelder selbst von Seiten der Letzteren unterblieben. — Die Thätigkeit, die dem Schmidt hiernach obgelegen haben soll, tritt aus dem Kreise seiner instructionsmäßigen Functionen nicht heraus. Einnahme und Auszahlung von Geldern ist schon nach § 2 eine seiner Hauptbeschäftigungen, und daß ihm Gelder mit der Pflicht, darüber Rechnung zu führen, anvertraut werden konnten, ist im § 3 ausdrücklich vorgesehen. Auch nach den Angaben des Beklagten führte Schmidt die Casse nicht selbstständig, sondern seine ganze Thätigkeit stand unter der speciellen Controle des Beamten. Wenn diese Controle insofern eine laxe gewesen ist, als der Beamte, statt die in der Hand des Boten verbliebenen und von diesem in die Casse niedergelegten Gelder nachzuzählen, sich mit den Angaben des Schmidt und der Uebereinstimmung derselben mit den von ihm, dem Beamten, geführten Büchern begnügte, so liegt doch in diesem dem Boten gewährten Vertrauen so wenig eine Aenderung der dienstlichen Stellung desselben als ein gegen Schmidt oder dessen Bürgen begangenes Verschulden, wie denn auch Beklagter selbst den Grund des eingetretenen Verlustes gar nicht in diesen Umstand setzt.

II. Der erste Theil der eventuellen Beschwerde (Grav. II, a.) ist darüber erhoben, daß der Klägerin nicht neben dem vom Stadt- und Landgericht ihr injungirten auch noch der Beweis auferlegt worden ist: daß der Verlust durch das Verschulden des Boten Schmidt oder durch nicht getreue Wahrnehmung der ihm übertragenen Geschäfte entstanden sei. Die Beschwerde wird darauf gestützt, daß wenn auch Schmidt selbst, wegen der von ihm zu prästirenden diligentia, zum Schadensersatze verpflichtet sei, insoferne er nicht den Beweis führe, daß durch einen Zufall das Manko in der Casse herbeigeführt

worden, dies doch nicht auf den Bürgen übertragen werden könne, letzterer vielmehr nach § 9 der Instruction für einen Schaden nur in dem in dem proponirten Beweise bezeichneten Umfange hafte, und diese Voraussetzung seiner Haftbarkeit ihm erwiesen werden müsse. Allein

A. hätte sich Schmidt auch wirklich in § 9 seiner Instruction zur Bestellung einer Sicherheit nur in dem vom Beklagten vertretenen beschränkteren Sinne verpflichtet, so war er doch in keinem Falle verhindert, die Sicherheit im vollen Umfange seiner materiellen Haftbarkeit zu bestellen. Die Verbindlichkeit des Bürgen bestimmt sich also immer zunächst nach Maßgabe der Bürgschaftsacte selbst, und nur wenn deren Inhalt ein zweifelhafter wäre, würde, behufs Interpretation derselben, auf § 9 der Instruction zurückzugehen sein. Zu solchen Zweifeln aber giebt die Anl. 1 keinen Anlaß. In derselben ist von einem Verschulden des Schmidt gar nicht, sondern nur von seinen „Geschäften für die Privatbank" und den aus diesen herzuleitenden Ansprüchen die Rede; und wenn Beklagter die Haftbarkeit für den Boten „als Selbstschuldner" übernommen hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß seine Verbindlichkeit (abgesehen von der Beschränkung derselben auf den Betrag von Ct. ℔ 2000.) ganz in demselben Umfange besteht, und nach denselben Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen ist, wie die Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Es kann aber auch

B. die Auslegung, welche Beklagter dem § 9 der Instruction giebt, keine Billigung finden. Schmidt hat sich hier zunächst verpflichtet, der Bank „für die getreue Wahrnehmung der ihm übertragenen Geschäfte" eine Sicherheit zu bestellen, und dies läßt im Beihalte des § 7 der Instruction:

„In allen geschäftlichen Beziehungen hat der Bote die „strengste Rechtlichkeit, die größte Sorgfalt, Treue und „Pünktlichkeit zu üben,"

kein anderes Verständniß zu, als daß die zu leistende Caution auf die gesammte Contractserfüllung sich beziehen, nicht etwa bloß — wie Beklagter anzunehmen scheint — die Klä-

gerin gegen eine „Untreue" des Boten im engeren Sinne, eine Unterschlagung der ihm anvertrauten Gelder, sicher stellen sollte. Ebenso unzweifelhaft ist es, daß, wenn hiernächst als Gegenstand der zu leistenden Sicherheit auch noch der „Schade" genannt ist, welchen er, der Bote, der Bank — — sei es direct oder indirect durch sein Verschulden zufügen würde," durch diesen Zusatz die Sicherheit nicht hat beschränkt, sondern ein möglichst weiter Umfang derselben hat bezeichnet werden sollen.

III. Mit dem zweiten Theil der eventuellen Beschwerde (Grav. II. b.) bezweckt Beklagter, daß ihm jedenfalls noch der Beweis: „daß der angebliche Verlust durch Diebstahl dritter Personen entstanden sei," nachgelassen werde. Hier kann zwar

A. dem Stadt- und Landgerichte, welches die Berufung des Beklagten auf einen vorgekommenen Diebstahl als verspätet zurückgewiesen hat, nicht beigetreten werden. Beklagter hat schon in der Vernehmlassung angeführt: die Nachforschungen über das fehlende Geld hätten kein Resultat geliefert, so daß nur die Annahme eines Diebstahls übrig bleibe. Dabei habe aber dem Schmidt kein pflichtwidriges Thun oder Unterlassen vorgeworfen oder nachgewiesen werden können, welches ihn für die Folgen des Diebstahls verantwortlich gemacht hätte. Es kann nicht wohl bezweifelt werden, daß mit diesem Vorbringen eine Vertheidigung des Beklagten gegen die Klage bezweckt worden, dasselbe also unter dem Gesichtspunkte einer Einrede in Betracht zu ziehen ist. Dagegen müssen

B. die Gründe, aus denen das Obergericht diese Einrede verworfen hat, für zutreffend und durchschlagend erachtet werden. Wenn Beklagter dagegen

1. einwendet, daß durch die bezügliche Vertragsbestimmung die Haftung des Bürgen für einen durch Diebstahl entstandenen Schaden „ausdrücklich ausgeschlossen" sei, so kann damit — da der Fall des Diebstahls weder in der Bürgschaftsacte noch in der Instruction speciell erwähnt ist —

nur die bereits besprochene Bestimmung des § 9 der Instruction gemeint sein, die nichts von dem, was Beklagter darin finden zu können vermeint, enthält.

2. In rechtlicher Beziehung steht die Sache so, daß derjenige, der diligentia in custodiendo zu präſtiren hat (was für Schmidt nach den §§ 3 und 7 seiner Instruction keinem Zweifel unterliegt), auch für einen Diebstahl haftet, wenn er nicht den Nachweis zu liefern vermag, daß er denselben durch die ihm obliegende höchste Sorgfalt abzuwenden nicht im Stande gewesen ist:

Hasse, Culpa, § 84—86,
Mühlenbruch, Pandect. § 352 № 13,
Puchta, Vorles. § 264—67 (p. 91),
Vangerow, Pandect. I. § 105.

Beklagter könnte also keinenfalls mit dem von ihm beantragten Beweise, daß der Verlust durch Diebstahl dritter Personen entstanden, auskommen, sondern würde daneben auch noch einen Beweis darüber, daß ihm bei dem vorgekommenen Diebstahl kein Verschulden zur Last falle, zu führen haben. Es ist aber dem Obergerichte darin beizutreten, daß es in dieser Beziehung an einer genügend bestimmten und substantiirten Behauptung fehlt. Beklagter stützt seine Einrede nur darauf, daß dem Schmidt ein pflichtwidriges Thun oder Unterlassen nicht habe vorgeworfen oder erwiesen werden können, während es doch seine Sache gewesen wäre, zu behaupten und darzulegen, daß ein Diebstahl vorgekommen, den Jener durch Anwendung der ihm obliegenden Diligenz zu verhindern nicht im Stande gewesen sei. Wie er aber überhaupt einen vorgekommenen Diebstahl bestimmt zu behaupten nicht vermag, sondern nur aus den Umständen schließt, daß ein solcher stattgefunden haben müsse, so besteht auch das, was er zur näheren Begründung einer Schuldlosigkeit des Schmidt angeführt und in der Appellationsschrift gegenwärtiger Instanz zusammengestellt hat, nur aus allgemeinen Indicien und Vermuthungsgründen. Die Casse, in welcher das Manko entstanden, habe sich im Geschäftslocale

der Klägerin befunden, Schmidt, der nach Angabe der letzteren nur Hülfscassirer gewesen, habe wiederholt, jedoch erfolglos, einen Schutz der Casse durch Errichtung einer Barriere verlangt, und der angebliche Schade sei an einem Wollmarkttage entstanden, wo der Andrang an die Casse ein erheblicher und Schmidt in ganz besonderer Weise zur Bewältigung der Geschäfte in Anspruch genommen gewesen sei. Alle diese Momente werfen auf den concreten Hergang, welcher die Ursache des in der Casse eingetretenen Verlustes gewesen ist, kein Licht, und vermögen nicht darzuthun, daß dem Schmidt hierbei ein Verschulden nicht zur Last falle.

IV. Die als Grav. III. in gegenwärtiger Instanz aufgestellte Beschwerde, daß nicht sonst anders, den Rechten entsprechender und für den Beklagten besser entschieden worden sei, eignet sich — wie vom Ober-Appellations-Gericht schon oft ausgesprochen worden —, ihrer zu großen Allgemeinheit wegen, nicht zur selbstständigen Berücksichtigung.

Hamburg. 98.

Ed. Solmitz & Klepsch, nunmehr **Ed. Solmitz** zu Hamburg, als Unternehmer der gedachten Firma, Kläger, wider **J. F. C. Refardt** jun. daselbst, Beklagten, Schadensersatz betreffend.

Der Beklagte miethete von den Klägern am 2. Juni 1866 ein Pferd zu einem Ritt nach Wohldorf in Gesellschaft mehrerer anderer Herren, um daselbst zu übernachten und am folgenden Tage nach Hamburg zurückzukehren. Der Ritt ist ausgeführt, das Pferd am folgenden Tage zurückgeliefert, jedoch in einem Zustande, daß der herbeigerufene Thierarzt dasselbe für verfangen und den Zustand für höchst bedenklich

erachtete. Die Verleiher erklärten daher dem Leiher, daß das Pferd bei ihnen für des Letzteren Rechnung stehe, und erhoben demnächst eine auf Zahlung von 106 Ld'or c. usur., sowie Ersatz bisheriger und künftiger thierärztlicher und sonstiger Kosten gerichtete Klage, deren Fundament in den Mangel gehöriger Sorgfalt sowohl auf dem Ritt als auch während des Aufenthalts in Wohldorf gesetzt wurde. Das erste Erkenntniß des Niedergerichts verstellte den Klägern drei Copulativen zum Beweise:

1) das Verfangensein des Pferdes bei der Ablieferung;
2) den regelmäßigen Entstehungsgrund eines solchen Leidens;
3) daß der Beklagte die Entstehung dieses Leidens, sei es durch übermäßige Benutzung der Kräfte des Pferdes, sei es durch Verabsäumung der erforderlichen Sorfalt für Wartung und Pflege, herbeigeführt habe.

Die zweite Copulative ward auf Appellation durch Ober-Gerichts-Erkenntniß in Wegfall gebracht, dagegen die erste durch Nieder-Gerichts-Erkenntniß vom 21. December 1868 für erbracht erklärt. In Ansehung des dritten Beweissatzes erschien es dem Gericht angemessen, die Kläger behufs Ergänzung ihrer Beweisführung zu einer Beeidigung ihrer Ueberzeugung, daß die Krankheit des Pferdes wirklich durch dessen Anstrengung auf der fraglichen Tour herbeigeführt sei, anzuhalten. Der Eid wurde dahin formulirt, daß er (Kläger) keine Anzeichen einer Krankheit an dem fraglichen Pferde bemerkt habe, bevor er dasselbe am 2. Juni 1866 dem Beklagten zu einer Tour nach Wohldorf und zurück vermiethete, vielmehr überzeugt sei, daß das Pferd damals gesund gewesen und daß die Krankheit, an welcher dasselbe nachher gelitten, durch dessen übermäßige Anstrengung auf jener Tour herbeigeführt worden sei.

Der gegen dieses Erkenntniß gerichteten Beschwerde hat das Obergericht am 9. April 1869 entsprochen und den Beweis bis auf die vorbehaltene Eideszuschiebung für verfehlt erklärt, wogegen hierauf die Kläger Herstellung des ersten Erkenntnisses verlangt haben. Das Ober-Appellations-Gericht

hat dem entsprochen durch Urtheil vom 23. November 1869, dessen Entscheidungsgründe folgendermaßen lauten:

Es handelt sich gegenwärtig zunächst um die Beantwortung der Frage, ob der den Klägern in dem Bescheide des Niedergerichts vom 19. November 1866 rechtskräftig auferlegte Beweis, daß der Beklagte die — bei Rücklieferung des fraglichen Pferdes erwiesenermaßen vorhandene — Verfangenheit desselben, sei es durch übermäßige Benutzung der Kräfte des Pferdes, sei es durch Verabsäumung der erforderlichen Sorgfalt für seine Wartung und Pflege herbeigeführt habe, mit dem Obergerichte bis auf die vorbehaltene Eideszuschiebung für verfehlt, oder mit dem Niedergerichte bis zum Erfüllungseid erbracht anzusehen sei. Diese Frage war aber zu Gunsten der Kläger zu bejahen.

Wenn es auch nicht erwiesen ist, daß der Beklagte das Pferd auf dem Hinweg nach Wohldorf zum Springen und Uebersetzen und durch Carriere-Reiten so mißbraucht hat, wie es von seinen Genossen geständlich geschehen, und zwar geständlich so, daß die Erkrankung und Lahmheit zweier Pferde von ihnen selbst als Folge der Tour bezeichnet wird — so steht doch das fest,

1) daß alle Pferde gleichzeitig in Wohldorf ankamen, und

2) sie zu der ca. 3 Meilen langen Tour, da sie und zwar im Juni erst völlig im Dunkeln angekommen sind, sehr lange Zeit verbraucht haben, und

3) diese Länge der Zeit sich vornämlich aus dem geständlichen, selbst vom Zeugen Wriedt, welcher in der Regel in der Nähe des Beklagten geritten sein will, zugegebenen Abweichen von dem directen Wege erklärt, endlich

4) daß auch der Beklagte, da wenigstens soviel über ihn bekundet ist, daß auch er Gallop geritten, diese lange Zeit hindurch das Pferd stark gebraucht hat;

aus welchem Allen

5) eine solche Wahrscheinlichkeit für eine sehr starke Anstrengung des fraglichen Pferdes und dafür sich ergiebt, daß die erwiesene schon am selbigen Abend hervorgetretene, in

dem Nichtfressenwollen des Pferdes sich kundgebende krankhafte Angegriffenheit desselben durch jene starke Anstrengung verursacht worden ist, wozu denn noch

6) kommt, daß auch in Betreff des Rückritts eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen Mangel des Beklagten an gehöriger Diligenz spricht, indem, wie die Niedergerichts-Entscheidungsgründe hervorheben, das Pferd am 3. Juni beim Wegritt von Wohldorf in mattem Zustande fortgegangen, und sehr bald nachher zu lahmen angefangen, der Beklagte sich also sagen mußte, daß der Rückritt für die Gesundheit des Pferdes leicht schlimme Folgen haben könne, und der Beklagte sonach das Pferd entweder in Wohldorf oder Poppenbüttel hätte zurücklassen, oder es mindestens statt es selbst und, wie er zugiebt, nicht immer im Schritt zu reiten, ohne Reiter in stets langsamem Schritt zurückführen lassen müssen.

War sonach in Gemäßheit der Beschwerde der Kläger in gegenwärtiger Instanz das Obergerichts-Erkenntniß aufzuheben, so mußte auch die demgemäß wieder auflebende eventuelle Beschwerde des Beklagten in voriger Instanz, mittelst welcher er die Schlußfassung des von dem Niedergerichte normirten Eides auf eine Verschuldung des Beklagten beim Rückritt beschränkt wissen will, theils um deswillen verworfen werden, weil Eide richtiger auf Thatsachen als auf Rechtsbegriffe gestellt werden, theils aus dem Grunde, weil dem Obigen zufolge anzunehmen war, daß eine Ueberanstrengung des Pferdes nicht nur auf dem Rückritt, sondern schon auf der Hintour stattgefunden habe.

Während schließlich die Vergleichung der in beiden höheren Instanzen erwachsenen Kosten eine Folge des Wechsels der Erkenntnisse ist, konnte die Frage, welche Personen den in dem Niedergerichts-Erkenntnisse normirten Eid, nach Veränderung des Inhalts der klägerischen Firma zu leisten haben, nicht als Gegenstand der jetzigen Beurtheilung angesehen werden.

Bremen. 99.

Ad. Stucken & Co. zu Bremen, Kläger, wider Fr. Beckmann & Co. daselbst, Beklagte, ein Kaufgeschäft, jetzt geführten Beweis betreffend.

---

1. Unzulässigkeit neuer Zeugen über Thatsachen, worüber die Aussagen früher vernommener Zeugen den Parteien ordnungsmäßig bekannt geworden sind. *)

2. Schriftliche Versicherungen dritter Personen, deren ordnungsmäßige Vernehmung als Zeugen in Folge factischer Hindernisse unmöglich ist, können als unterstützende Indicien in Betracht gezogen werden; nicht aber, wenn die Vernehmung rechtlich unzulässig sein würde.

3. Der Richter hat die Sachkunde solcher Personen, die als sachverständige Zeugen producirt werden, ohne besondere Veranlassung nicht von Amts wegen zu beanstanden.

In dem vorliegenden, den Kauf von 40 Seronen Carmentabacк betreffenden Rechtsstreit war vom Handelsgericht den Beklagten rechtskräftig der Beweis auferlegt worden, daß in einem der ihnen von den Klägern vorgelegten 8 Probepacken ein Theil des Inhalts „gestickter resp. fauler" Taback gewesen sei und die Kläger diesen Umstand bei Abschluß des Geschäfts gekannt hätten. Nach beendigtem Verfahren erkannte das Handelsgericht (16. November 1868) und das Obergericht (25. Februar 1869) übereinstimmend den Gegenbeweis für vollständig erbracht und verurtheilten die Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises. Das Ober-Appellations-

---

*) Vergl. gegenwärtige Samml. Bd. 3 S. 206 f., 635, 645 f., 652 f., Bd. 4 S. 32.

Gericht reformirte durch Urtheil vom 30. November 1869 dahin, daß die Kläger einen Reinigungseid abzuleisten hätten. Aus den Entscheidungsgründen, die im Uebrigen in einer concreten Beurtheilung der Beweisergebnisse bestehen, ist nur folgende Stelle von Interesse.

Wenn die Beklagten für die vorliegende Frage in jetziger Instanz noch das schriftliche an Eidesstatt abgegebene Zeugniß des Kaufmanns C. G. Lahmann als ein neu aufgefundenes beigebracht haben, so konnte darauf, nachdem die Kläger der Zulassung widersprochen haben, keinerlei Rücksicht genommen werden. Nach dem constant vom Ober-Appellations-Gericht befolgten Grundsatze in Betreff der Ausschließung neuer Zeugen über solche Thatsachen, worüber die Aussagen früher vernommener Zeugen den Parteien ordnungsmäßig bekannt geworden sind, würde Lahmann als Zeuge vor Gericht — ganz abgesehen von dem Seitens der Kläger erhobenen Vorwurf der Nachlässigkeit in der neuen Auffindung — nicht mehr zugelassen werden dürfen, da der früher geführte Zeugenbeweis die nämliche Thatsache betraf. Die Beklagten haben denn auch in Beachtung dieser Praxis eine nachträgliche Zeugenvernehmung des Lahmann selbst nicht beantragt. Nun sind aber schriftliche, namentlich auch eidlich bestärkte Versicherungen dritter Personen, die ordnungsmäßig als Zeugen abgehört werden könnten, ohne alle Beweiskraft; und wenn auch, wie das Ober-Appellations-Gericht schon früher anerkannt hat, schriftliche Erklärungen der Art bei eingetretener Unmöglichkeit zeugschaftlicher Vernehmung als unterstützende Indicien in Betracht gezogen werden dürfen,

Frkf. St.-Grav. c. Gebrüder Wer. Febr. 1858. (Frkf. Vereinssamml. Bd. 4 S. 46),

so gilt dies selbstverständlich nur von solchen Fällen, wo die Vernehmung eines Zeugen eine factisch unthunliche geworden, nicht aber da, wo dieselbe rechtlich ausgeschlossen ist.

Kommt hiernach nur das im Beweisverfahren erster Instanz Beigebrachte in Betracht, so stützen sich die Beklagten a. hauptsächlich auf die Aussage des Zeugen Praël. Der

Inhalt derselben entspricht auch völlig dem Beweisthema. Denn der Zeuge versichert bestimmt, er habe am 27. März v. J. die 8 Seronen für einen Reflectanten besehen, in einem derselben „faulen Taback" gefunden und eine Hand voll davon an dem Comptoir der Kläger vorgezeigt. Es ist auch die persönliche Glaubwürdigkeit des Zeugen nicht angefochten worden; bestritten ist nur, ob bei ihm eine ausreichende Sachkunde vorausgesetzt werden dürfe, um ihm eine richtige Unterscheidung „faulen Tabacks" von einem in anderer Weise kranken oder beschädigten Taback zutrauen zu können.

In dieser Beziehung ist es nun freilich richtig, daß der Zeuge in dem Bremischen Staatskalender von 1867 so wenig, als in dem des folgenden Jahres, unter den beeidigten Mäklern aufgeführt ist, man daher annehmen muß, daß er erst nach der Freigebung des Mäklergewerbes durch die Verordnung vom 6. Mai 1867 die Ausübung des Mäklerberufes begonnen habe. Es fehlt ihm also die durch obrigkeitliche Anstellung begründete Präsumtion der erforderlichen Sachkunde. Indessen ist Praël gleich bei der Beweisantretung als Mäkler bezeichnet worden, es ist unbestritten geblieben, daß er diesen Beruf ausübt, und der fragliche Vorgang selbst zeigt, daß er gerade zur Besichtigung und Prüfung ausgestellter Tabacke von Reflectanten zugezogen wurde. Schon deßhalb ist es nicht ganz werthlos, wenn er bei seiner eidlichen Vernehmung versicherte, daß er für Prüfung von Tabacken besondere Sachkenntniß besitze und unter Berufung darauf nochmals hervorhob, der bei dem Vorgang den Klägern gezeigte Taback sei fauler Taback gewesen. Auch die Anstellung von Staatswegen, wodurch bis 1867 die Ausübung des Mäklergewerbes bedingt war, gründete sich nicht etwa auf eine amtliche Prüfung der Fähigkeiten und Kenntnisse des Anzustellenden.

Vgl. Waaren-Mäkler-Ordnung v. 10. Decbr. 1828, § 14, 21.

Eine formelle Garantie für genügende Waarenkunde war also auch damals nicht gegeben; mehr oder weniger kam es vielmehr früher wie jetzt auf bewährte practische Erfahrung

an. Der Richter, welcher hierüber nicht bei allen Personen, die als Sachkundige benutzt werden, unterrichtet sein kann, hat sich aber in der Regel dabei zu beruhigen, wenn unter den Parteien kein Streit über die Sachkunde des Einzelnen entsteht, es sei denn, daß ihm sonst aus besonderen Umständen Anlaß gegeben würde, der vorausgesetzten Sachkunde zu mißtrauen. Im vorliegenden Falle ist es daher von Wichtigkeit, daß die Kläger in ihrer Erklärung auf die Beweisantretung keinerlei Erinnerung gegen die Sachkunde des Zeugen Praël erhoben haben, ungeachtet aus der speciellen Angabe dessen, was er aussagen sollte, sofort zu erkennen war, daß der ganze Werth seiner Aussage davon abhänge, ob er die Eigenschaft gestickten resp. faulen Tabacks von andern Fehlern und Beschädigungen gehörig zu unterscheiden wisse. Unter diesen Umständen kann auch daraus, daß Praël erst 27 Jahre alt war und seinen Beruf noch nicht lange ausgeübt hatte, ein erhebliches Bedenken nicht entstehen. Dazu kommt endlich, daß auch das Handelsgericht, dem es nicht wohl hätte unbekannt bleiben können, wenn Praël ein Mann ohne alle Sachkunde im Tabacksgeschäft wäre, anerkannt hat, derselbe sei als Mäkler wohl befähigt, in Fermentation gerathenen Taback von seebeschädigtem zu unterscheiden.

Mußte hiernach der Aussage Praëls eine nicht unerhebliche Bedeutung beigelegt werden, so kann dieselbe auch durch die vom Obergerichte in Erwägung gezogene Möglichkeit, daß Praël bei einer gemeinsamen Berathung mit den übrigen Sachverständigen hätte überstimmt werden können, nicht geschwächt werden.

Hamburg. 100.

Ed. Krause & Comp. zu Hamburg, Kläger, wider **Ad. Brunier** daselbst, in Vollmacht der **5. Rostocker See-Versicherungs-Gesellschaft**, Beklagten, Assecuranzforderung betreffend. App. II.

Rechtsfall. Dem Beklagten war durch Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts vom 30. December 1867 (abgedruckt Bd. 3 dieser Sammlung S. 998 ff.) zur Abwendung einer ihn sonst treffenden Zahlungspflicht der Beweis nachgelassen worden:

daß die klägerischen Ordregeber zur Zeit des zu Hongkong stattgehabten Verkaufes der Syria kein oder doch kein der versicherten Summe von Bco. ℔ 5000. gleichkommendes, und zwar ein wie weit hinter derselben zurückbleibendes Interesse an dem genannten Schiffe gehabt hätten;

oder: daß aus dem Provenü der Syria oder aus den zu Hongkong etwa einzuziehen gewesenen Frachtgeldern dieses Schiffes der versicherte Belauf von 5000 ℔, oder ein wie viel geringerer Belauf zu Gunsten der klägerischen Ordregeber sich ergeben hätte;

und es ward dabei dem Beklagten nicht nur freigestellt, auf das in erster Instanz gestellte Editionsverlangen zurückzukommen, sondern ihm auch wegen eventuell zu beantragender Cession der versicherten Forderung Alles vorbehalten.

Die Sache ward darauf in erster Instanz weiter fortgesetzt und vom Beklagten in ausgedehntem Maße Edition aller auf das Interesse und den Schaden bezüglicher, in klägerischen Händen befindlicher Papiere verlangt, auch zugleich Abhörung von Zeugen, unter Reservation der Eideszuschiebung, beantragt.

Unter dem 16. März 1869 hat das Handelsgericht den Beklagten zur Zahlung verurtheilt, indem es das Editionsverlangen, sowie diese Assecuranz abgeschlossen sei, für unzulässig, die Zeugenabhörung für irrelevant und die reservirte Eideszuschiebung in diesem Falle für unstatthaft erklärte.

Das Obergericht hat dagegen am 18. Juni 1869 den Beklagten mit einem Theile seines Editionsgesuches und seiner übrigen Beweisantretung zugelassen und diese Entscheidung ist ungeachtet klägerischer Beschwerde vom Ober-Appellations-Gericht am 30. November 1869 bestätigt worden, aus den folgenden

Gründen:

I. Die erste Beschwerde der Kläger, daß nicht das condemnatorische Erkenntniß des Handelsgerichts bestätigt worden sei, war für unbegründet zu achten, und zwar beruhen die zur Rechtfertigung derselben vorgetragenen Argumente auf einer unrichtigen Auffassung der Sachlage.

Der Sinn und die rechtliche Wirkung der in die vorliegende Police aufgenommenen Clausel:

> die Police genüge als Beweis des Interesses wie der Taxe; die gezeichnete Summe werde ohne Weiteres als Totalschaden bezahlt, wenn das Schiff verunglücken oder wegen Seeschadens condemnirt werden sollte,

auf welche die Kläger von Neuem eingehen, bilden keinen Gegenstand des Streites mehr. Rechtskräftig ist festgestellt, die Clausel befreie zwar die Kläger von dem (im gewöhnlichen Falle ihnen, als Versicherten aufzulegen gewesenen) Beweise des Interesses und — nachdem die Condemnation des Schiffes als erwiesen angenommen worden — des Schadens, allein dem Beklagten stehe der seinerseits zu führende Beweis der Nicht-Existenz eines klägerischen Interesses, sowie der Abwesenheit eines schließlich resultirenden Schadens frei; die Clausel berechtige die Kläger nicht zum Abandon; übrigens befreie sie dieselben von jeglicher ihrseitigen vor der beklagtischen Zahlung zu machenden Leistung, so daß der Beklagte zu dem von ihm gestellten Verlangen vorgängiger klägerischer

Angabe der Grundlagen des Interesses nicht berechtigt sei. In Betreff des jetzt nur noch in Frage stehenden dem Beklagten verstatteten Beweises des klägerischen Nicht-Interesses oder Nicht-Schadens ist in keinem der früheren Erkenntnisse ausgesprochen, daß dem Beklagten nicht die Rechte eines Beweisführers in deren vollem Umfange zustehen sollten. Es hätte aber einer beschränkenden Verfügung bedurft, wenn der Beklagte in Betreff des Beweises, zu welchem er zugelassen würde, gewisser Beweismittel sich zu bedienen nicht hätte berechtigt sein sollen. Wenn die Kläger auf die (oben erwähnte) Verwerfung des beklagtischen Verlangens klägerischer Angabepflicht in Betreff der besonderen Art und näheren Umstände des Interesses sich berufen, um aus ihr die Nothwendigkeit einer Beschränkung der beklagtischen Beweismittel abzuleiten, so ist dies unbegründet. Die in Bezug genommene Entscheidung war eine von dem Beweise, welcher zu Gunsten des Beklagten zu eröffnen war, völlig unabhängige, und der Beweisnachlaß wurde in der gewöhnlichen Art der Beweisauflagen ausgesprochen, wie denn das Recht des Beklagten, ohne Beschränkung in der Wahl der zu benutzenden Beweismittel zum Beweise des klägerischen Nicht-Interesses oder Nicht-Schadens zugelassen zu werden, bereits rechtskräftig feststand, als das Ober-Appellations-Gericht zum ersten Male in der vorliegenden Sache zu erkennen hatte. Daß die Erwähnung der dem Beklagten frei bleibenden Editionsanträge in dem früheren Ober-Appellations-Gerichts-Erkenntnisse keine Beschränkung der beklagtischen Beweisrechte habe bewirken können und sollen, leuchtet von selbst ein.

Es wäre übrigens kein Grund dazu vorhanden gewesen, dem Beklagten die Benutzung gewisser Arten der ihm an sich zuständigen Beweismittel zu entziehen. Die Vorschrift des Art. 890 des Hand.-Ges.-Buchs, daß freilich die Vereinbarung, zufolge welcher der Versicherte von dem an sich ihm obliegenden Beweise des Interesses und Schadens frei sein solle, für gültig zu halten sei, jedoch unbeschadet des Rechts

des Versicherers, das Gegentheil zu erweisen, war schon bisher geltenden Rechtes. Dafür, daß dieser „Beweis des Gegentheils" durch Beschränkung des Beweisführers auf gewisse Beweismittel — etwa, wie die Kläger beantragen, durch Versagung des Rechts auf Editionsanträge oder Abschneidung der Eidesdelation — erschwert werde, läßt sich nichts anführen. Im Gegentheil, weil interesselose Assecuranzen nicht gestattet sein sollen, würde jede Beschränkung der in Rede stehenden Beweisführung des Versicherten eine Verletzung der dem angezogenen Rechtssatze zu Grunde liegenden Absicht enthalten.

Die von den Klägern geltend gemachte Unzuträglichkeit, daß sie, welche sich stipulirten, die gezeichnete Summe solle ohne Weiteres als Totalschaden bezahlt werden, wenn das Schiff wegen Seeschadens würde condemnirt werden, ungeachtet die Condemnation nachgewiesen worden, sich, ohne auch nur vorläufig in den Besitz der Versicherungssumme zu gelangen, auf anscheinend weit aussehende Beweisunternehmungen des Beklagten einlassen mußten, liegt nicht in dem Umfange der dem Beklagten zur Benutzung frei zu lassenden Beweismittel, sondern darin, daß in dem früheren Abschnitt des Processes das beklagtische Beweisverfahren nicht in das separatum verwiesen worden ist; ein Punkt, welcher, wie er früher nicht zur Entscheidung des Ober-Appellations-Gerichts gestellt worden ist, so auch jetzt nachträglich sich nicht ordnen läßt.

Die von dem Beklagten zur Hand genommenen Beweismittel selbst anlangend stützen die Kläger ihre erste auf Verwerfung der gesammten Beweisantretung gerichtete Beschwerde nur darauf, daß die Beweisantretung bedeutungslos werde, wenn dem Beklagten das Recht auf Editionsanträge und auf Eidesdelation versagt werden müsse. Da zu der Versagung, sei es der einen oder des anderen, ein Grund nicht vorliegt, so kann dieser Beschwerde keine Folge gegeben werden.

II. Die Eventualbeschwerde der Kläger ist dahin gestellt, daß nicht die beklagtische Beweisantretung höchstens nur in

Bezug auf die Voracten und den vorgeschlagenen Zeugen Karberg sammt den für diesen beigebrachten Beweisartikeln, oder doch mindestens in beschränkterem Maße als geschehen zugelassen worden sei.

Da der klägerische Widerspruch gegen das beklagtische Recht auf Editionsanträge im Allgemeinen und gegen die von dem Beklagten eventualiter zur Hand genommene Eidesdelation zufolge des Obigen als unbegründet zu betrachten ist, kommt es nach dem Inhalt der klägerischen Ausführung jetziger Instanz nur noch darauf an, ob das Obergericht mit Recht den Beklagten zugelassen hat

1) mit dem Editionsantrage auf die Handlungsbücher von Bahre & Kinder in Batavia und Samarkand;

2) mit dem Editionsantrage auf die Correspondenz zwischen Bahre & Kinder und den Klägern über den Assecuranzabschluß;

3) mit den Zeugen Karberg & Co. und den für diese beigebrachten Beweisartikeln, da die Beschwerde principaliter auch hiegegen gerichtet zu sein scheint.

In Betreff keines dieser Punkte kann jedoch den Klägern beigetreten werden.

Zu 1. In Betreff der Bücher der Firma Bahr & Kinder bemerken die Kläger, es sei nicht wohl abzusehen, welches Material die dem Beklagten daraus zu liefernden Auszüge für die Beweisführung liefern könnten. Allein nach Wahrscheinlichkeit werden sich, wenn dem Capitän Woodcock für Rechnung für Bahre & Kinder Vorschuß gegeben sein sollte, dessen Natur und Größe aus den Büchern jener Firma ergeben; und Gleiches ist in Betreff des Umstandes anzunehmen, ob den Bahre & Kinder ein Ergebniß aus der Frachtangelegenheit und dem Schiffsverkauf zugekommen ist und eventualiter ein wie großes.

Zu 2. Der Correspondenz zwischen Bahre & Kinder und den Klägern über den Assecuranzabschluß sprechen die

Letzteren jede Relevanz ab, weil an dem Abschluß der Versicherung nichts streitig sei und folglich die über denselben gewechselten Briefe keine Momente, welche für die nachherige Gestaltung des Rechnungsverhältnisses Bedeutung hätten, enthalten könnten. Käme es nur auf den vorstehend erwähnten Punkt an, so würde den Klägern beigetreten werden müssen. Allein es handelt sich auch um die von dem Beklagten behauptete und ihm mit zum Beweise verstellte schon anfängliche Interesselosigkeit der Assecuranz für Bahre & Kinder, und in Betreff dieses Verhältnisses kann in der fraglichen Correspondenz Material denkbarerweise enthalten sein. Nur eine zweifellos anzunehmende Irrelevanz würde das in Rede stehende Editionsverlangen unbegründet erscheinen lassen.

Zu 3. Eine einigermaßen substantiirte Anfechtung der vorgeschlagenen Zeugen Karberg & Co. und der für sie beigebrachten Beweisartikel findet sich in den bezüglichen Ausführungen der Kläger jetziger und der früheren Instanzen nicht. Die Grundlosigkeit der Bezeichnung der Zeugen als testes de lectu mit derselben Unglaubwürdigkeit als testes de auditu, leuchtet von selbst ein. Und auch im Uebrigen ist eine Irrelevanz des in Rede stehenden Zeugenvorschlages nicht anzunehmen. Waren Oxford & Co., die angeblichen Correspondenten von Bahre & Kinder für die in Rede stehende Angelegenheit, Vorgänger von Karberg & Co., so daß diese die Geschäftsfortsetzer jener anderen Firma waren, so können denselben sehr wohl die Oxfordschen Bücher zu Gebote stehen, und ist es nicht unmöglich, daß sie über die Frachtangelegenheit und den Verkauf der Syria sich entweder schon früher aus jenen Büchern unterrichtet haben oder in Veranlassung der Zeugen-Vernehmung unterrichten und in Folge dessen im Stande sind oder sein werden, über das, was in die Oxfordschen Handlungsbücher über jene Angelegenheit eingetragen ist, erhebliches auszusagen. Gegen die Beweisartikel ist seitens der Kläger Beachtenswerthes nicht vorgebracht.

Nach dem Vorstehenden hat das Obergericht den Klägern

auch nicht etwa durch das Maß, in welchem die beklagtische Beweisantretung zugelassen worden ist, Ursache zur Beschwerde gegeben, und es mußte mithin durchweg confirmatorisch erkannt werden.

Hamburg. 101.

Berkefeld & Michahelles zu Hamburg, Kläger, wider **G. W. A. Westphal Sohn & Co.** daselbst, Beklagte, wegen Erfüllung eines Theehandels.

In dieser Sache bestätigte das Ober-Appellations-Gericht unter dem 4. Dec. 1869 ein Erkenntniß des Obergerichts vom 12. Febr. 1869, durch welches den Klägern in Betreff des Verständnisses einer Schlußnote über ein Theegeschäft ein Beweis auferlegt war. Die Mittheilung des drittinstanzlichen Erkenntnisses und seiner Entscheidungsgründe bietet kein allgemeineres Interesse dar.

Hamburg. 102.

Jacob Plant zu Hamburg, in väterlicher Vormundschaft seines Sohnes **Albert Plant**, Kläger, wider **F. Jaster** daselbst, Beklagten, Salair betreffend.

Das Ober-Appellations-Gericht erkannte unter dem 9. Dec. 1869:

da das angefochtene Erkenntniß, ausweislich der beigebrachten Originalausfertigung desselben, bereits am 27. Septbr. erlassen und publicirt, der Appellationslibell aber erst am 22. Novbr. dahier übergeben ist, mithin die für Hamburg

auf 6 Wochen bestimmte Appellations-Einführungs- und Rechtfertigungsfrist

Ger.-Ordn. für das O.-A.-Ger. § 123

als versäumt sich darstellt,

so erkennt das Ober-Appellations-Gericht der freien Hansestädte für Recht:

daß die wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 27. Septbr. 1869 eingewandte Appellation, wie hiemit geschieht, unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten gegenwärtiger Instanz als desert zurückzuverweisen sei,

und soll das Obergericht um Insinuation dieses Urtheils an den Appellaten ersucht werden.

---

103. Hamburg.

Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahngesellschaft, Klägerin und Wiederbeklagte, wider **G. W. Reye & Söhne** zu Hamburg, Beklagte und Wiederkläger, wegen Schadensersatzes.

Bei marktgängigen Waaren repräsentirt im kaufmännischen Verkehr der jedesmalige Marktpreis den gemeinen Sachwerth. Wer daher vermöge eines Contractsverhältnisses wegen Nichtlieferung oder verzögerter Lieferung Entschädigung zu fordern berechtigt ist, darf seiner Schadensliquidation einfach den Betrag des Marktpreises zu Grunde legen. Dies gilt namentlich auch, wenn der Anspruch auf Lieferung aus einem Frachtvertrag herrührt.

Rechtsfall. G. W. Reye & Söhne in Hamburg hatten im Herbst 1865 zwei Partieen türkischer Pflaumen aus Ungarn bestellt, welche mit der Eisenbahn direct von Pesth nach

Hamburg geschickt werden sollten. Laut einer im October zu Wien erschienenen Bekanntmachung war die Lieferzeit für Güter im directen Verkehr zwischen beiden Orten von 14 auf 10 Tage herabgesetzt und die Innehaltung dieser Frist, wie dies hinsichtlich der 14tägigen Frist schon die bestehenden Reglements bestimmten, bei Verlust der halben Fracht, im Fall mehr als 48stündiger Ueberschreitung bei Verlust der ganzen Fracht, als höchstes Maß der Entschädigung garantirt worden, sofern der Transport nicht durch gewisse im Reglement näher bezeichnete Umstände verzögert wäre. Die bemerkten Partien Pflaumen wurden laut der Frachtbriefe am 25. October in Pesth zur Eisenbahn geliefert, kamen aber erst am 11. November (einem Sonnabend) in Hamburg an und wurden am 13. November G. W. Reye & Söhne als angekommen gemeldet. Diese weigerten der Verspätung wegen, unter Bezugnahme auf die oben erwähnte Wiener Bekanntmachung, die Frachtzahlung und erhoben, nachdem sie auf die von der Direction der Berlin-Hamburger Eisenbahngesellschaft angestellte Klage den Frachtbetrag mit 911 Thlr. 29 Sgr. gegen Caution bezahlt hatten, Wiederklage auf Rückerstattung dieser Summe, indem sie sich darauf beriefen, daß die Verspätung mehr als 48 Stunden betrage und daher Verlust der ganzen Fracht eintrete. In der Verhandlung darüber bestritt die Wiederbeklagte die Verbindlichkeit der Wiener Bekanntmachung für diesen Fall, machte aber auch mehrere Gründe geltend, aus denen nach dem Reglement die Verantwortlichkeit für die Verspätung wegfalle. Das Handelsgericht legte mittelst Erkenntnisses vom 7. März 1867 den Wiederklägern, bei Vermeidung der Abweisung ihres Anspruches, soweit er die Hälfte des Frachtbetrages übersteige, vorerst auf

1) zu beweisen, daß die Wiener Bekanntmachung über Herabsetzung der Lieferzeit im Einverständniß der Wiederbeklagten erlassen oder die Herabsetzung vor Uebernahme der fraglichen Güter von ihr genehmigt worden sei;

2) anzugeben, wie sie daraus, daß die fraglichen Güter ihnen am 13. statt am 7. November 1865 geliefert worden seien, ableiten wollten, daß sie einen Schaden vom Betrage der Fracht oder doch über die Hälfte derselben erlitten hätten.

Sofern sie aber diesen beiden Auflagen nicht Folge leisten wollten, hätten sie bei Vermeidung völliger Abweisung anzugeben, wie sie daraus, daß die Güter ihnen am 13. statt am 11. November geliefert seien, ableiten wollten, daß sie einen der Hälfte der Fracht gleichkommenden oder welchen geringeren Schaden erlitten hätten.

Die Entscheidung über die von der Wiederbeklagten zur Entschuldigung der Verspätung vorgebrachten Gründe wurde ausgesetzt, und in den Motiven auseinandergesetzt, daß der in den Reglements bestimmte Verlust der halben oder ganzen Fracht nicht als Conventionalstrafe, sondern nur als höchstes Maß für den Ersatz des nachzuweisenden Schadens aufzufassen sei, übrigens aber, wenn man von den besonderen Exculpationsmomenten absehe, in jedem Falle eine Verspätung um einen oder zwei Tage, je nachdem Sonntag der 12. November mitgerechnet werde oder nicht, und wenn die in Wien bekannt gemachte Herabsetzung der Lieferzeit für die Beklagte verbindlich sein sollte, eine Verspätung um 6 Tage vorliege. Diese Entscheidung wurde auf Appellation der Wiederbeklagten vom Obergericht am 10. Mai 1867 einfach bestätigt.

Die weitere Verhandlung erfolgte erst im October 1868. In einer Paritionsschrift traten die Wiederkläger den ihnen sub 1 auferlegten Beweis durch Eidesdelation an und erklärten sodann wegen des erlittenen Schadens, der Preis türkischer Pflaumen der Ernte von 1865 sei am 7. November und noch am 11. November Bco. ℳ 17. 8 ß bis 17 ℳ 12 ß pr. 100 ℔ gewesen, am 13. November aber um 1 ℳ Bco. gewichen gewesen. Daraus ergebe sich ein Verlust von Bco. ℳ 1. pr. 100 ℔, und somit nach einer beigefügten Berechnung über das Zollgewicht der beiden Partieen Pflaumen im Ganzen ein Verlust von Bco. ℳ 618. 9 ß, sowohl für

den einen wie für den andern der im Erkenntnisse vorgesehenen Fälle. Die Wiederbeklagte bestritt die Zulässigkeit der versuchten Liquidation, durch welche ein wirklicher Schaden in keiner Weise substantiirt werde, verlangte deßhalb nunmehr Abweisung des Anspruchs und behielt sich die Erklärung über den deferirten Eid vor.

1) Das Handelsgericht

legte in seinem Erkenntniß vom 13. October 1868 der Wiederbeklagten auf, sich über den zugeschobenen Eid, welcher zugleich wesentlich dem Beweisthema entsprechend normirt wurde, bei Strafe der Eidesweigerung zu erklären, und behielt übrigens wegen Justification der nunmehrigen Schadensrechnung den Parteien das Weitere vor. In den Gründen wurde bemerkt, der Anspruch auf Vergütung der Differenz zwischen den Marktpreisen der betreffenden Tage stelle sich nach allgemeinen Grundsätzen als durchaus zulässig dar, wie denn auch in Fällen eines verzögerten Seetransports schon öfters ein solcher Schadensanspruch aufgestellt worden und ohne Widerspruch geblieben sei.

Ullrich, Samml. seerechtl. Entsch. № 343.

Hamb. Gerichtszeit. v. 1865 № 30, Handelsg. № 59.

Auf Appellation der Wiederbeklagten hob

2) das Obergericht

durch Erkenntniß vom 27. November 1868 diese Entscheidung auf und wies die Wiederkläger mit ihrem Anspruche unter Verurtheilung in die Kosten ab. Denn die Wiederkläger hätten zur Befolgung der ihnen wegen Substantiirung eines Schadens gemachten Auflage nichts weiter vorgebracht, als daß der Preis der türkischen Pflaumen während der fraglichen Tage in der von ihnen bemerkten Weise gewichen sei. Wenngleich nun, wo es sich um Kaufgeschäfte mit bestimmtem Lieferungstag handle, im Fall des Verzugs die Differenz der Marktpreise mit Recht als maßgebend erachtet werden möge, so habe diese singuläre Bestimmung doch weder vor noch nach Einführung des neuen Handelsgesetzbuches als allgemeiner Grundsatz auf alle Contracte Anwendung gefunden.

Vielmehr komme es im vorliegenden Falle sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als nach den speciellen Bestimmungen der Eisenbahnreglements auf den durch die Verzögerung erlittenen wirklichen Schaden an. Ein solcher könne aber aus der angeblichen Differenz der Börsenpreise nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, und andere Momente, woraus ein wirklicher Schaden construirt werden könnte, seien überall nicht angeführt worden.

Auf Appellation der Wiederkläger stellte

3) das Ober-Appellations-Gericht

durch Urtheil vom 11. December 1869 die handelsgerichtliche Entscheidung wieder her, aus folgenden Gründen.

Das Obergericht hat in dem angefochtenen Erkenntniß den wiederklagend erhobenen Entschädigungsanspruch wegen verspäteter Lieferung von zwei Partien türkischer Pflaumen als nicht genügend begründet abgewiesen. Die Wiederkläger verlangen dagegen in ihrer alleinigen Beschwerde die Wiederherstellung des handelsgerichtlichen Erkenntnisses, welches, die versuchte Begründung des Schadensanspruches als zulässig anerkennend, den in Folge früherer Entscheidung über eine Vorfrage mittelst Eides-Zuschiebung angetretenen Beweis instruirt hatte.

I. Die Frage, auf die es bei diesen abweichenden Entscheidungen ankommt, ist die, ob zur Substantiirung des durch jene Verspätung für die Wiederkläger angeblich entstandenen Schadens die Behauptung ausreiche, daß der Marktpreis der türkischen Pflaumen in Hamburg am Tage der geschehenen Ablieferung den 13. November 1865 um Bco. ℔ 1. pr. 100 ℔ niedriger gestanden habe, als an dem Tage (den 7. oder 11. November) wo die Wiederbeklagte in Verzug gekommen war. Während über die Zulässigkeit einer Schadensliquidation dieser Art bei den auf Uebertragung einer Waare in das Vermögen des Empfängers gerichteten Verträgen, namentlich beim Kauf, keine Meinungsverschiedenheit unter den Parteien obwaltet, wird dieselbe für den vorliegenden Fall, wo das Vertragsverhältniß der

Parteien nur den Transport einer Waare zum Gegenstand hatte, von der Wiederbeklagten sowohl nach den allgemeinen Rechtsregeln, als aus besonderen Gründen dieses Falles bestritten. Soviel

1) die allgemeine Rechtsfrage betrifft, so findet das deutsche Handelsgesetzbuch hier noch keine Anwendung. Schon in der früheren handelsrechtlichen Praxis waren aber Schadensliquidationen, die sich allein auf die Differenz des Markt- oder Börsenpreises gründeten, vielfach als zulässig anerkannt. Und wenngleich die Beispiele hierfür sich vorzugsweise auf den Kauf oder sonstige die Uebertragung einer Waare in das Vermögen eines Anderen bezweckende Geschäfte beziehen, so hatte doch die Zulassung ihren Grund nicht etwa in einer hierfür aufgekommenen besonderen Rechtsregel, sondern lediglich in der Natur einer marktgängigen Waare als des Vertragsobjectes. Bei einem Gegenstande, der jeden Augenblick wieder verkäuflich, aber von außerordentlichen Umständen abgesehen auch nur zu dem durch den Handelsverkehr bestimmten Preise verkäuflich ist, bringt eben diese Eigenschaft es von selbst mit sich, daß der jedesmalige Marktpreis den gemeinen Werth der Sache repräsentire. Es ist daher nur eine Anwendung der allgemeinen Grundsätze vom Schadensersatz, wenn man da, wo bei marktgängigen Waaren Ansprüche auf Vergütung des Sachwerthes in Frage kommen, statt einer besonderen Abschätzung der Waare ohne Weiteres deren Marktpreis als maßgebend gelten läßt, beispielsweise also der Käufer für berechtigt erklärt wird, bei unterbliebener Vertragserfüllung von Seiten des Verkäufers die Differenz zwischen Kaufpreis und Marktpreis, bei verspäteter Erfüllung die Differenz zwischen den beim Anfang des Verzugs und zur Zeit der nachgeholten Leistung bestehenden Marktpreisen zu fordern. Von diesem Gesichtspunkte aus ist sowohl von den bewährtesten Schriftstellern über Handelsrecht, als auch in mehreren Präjudicaten des Ober-Appellations-Gerichts die Zulässigkeit einer bloß auf die Differenz des Marktpreises gestützten Schadensliquidation des

Käufers anerkannt worden; und zwar beziehen sich diese Präjudicate eben sowohl auf den Werthersatz bei ganz unterbliebener Lieferung der Waare,

Hamb. Berend Roosen c. Schuldt. Decbr. 1843 (Hamb. Samml. Bd. 1 S. 160 ff.),

Lüb. Stubbendorf c. Schlick & Eckmann. Octbr. 1857 (Wunderlich, Jurispr. 2c. in Lüb. Rsf. Th. 2 S. 89, 93),

Frkf. Stahl Wwe. c. Schwarz. Decbr. 1863 (Frkf. Vereinssamml. Bd. 8 S. 183 ff.),

als auf den Fall, wo bei nachträglicher Lieferung die Differenz der Marktpreise zur Zeit der schuldigen und der beschafften Lieferung als Interesse des Verzugs gefordert wurde.

Brem. Seekamp u. Tewes c. Wagener u. Brand. Decbr. 1849 (Brem. Samml. II. S. 90 f. und Seuffert, Arch. Bd. 4 № 21),

Lüb. Plitt u. Sohn c. Russow. April 1852 (Wunderlich, a. a. O. Th. 1 S. 245 ff.),

Brem. Brand c. Lüpking. Januar 1856 (Brem. Samml. III. S. 443 f.),

Hamb. Ullberg & Cramér c. Heinemann Jan. 1857 (Hamb. Samml. Bd. 3, S. 196 ff.).

Es ist hier die bloße Existenz des höheren Marktpreises zur Zeit der Lieferungspflicht wiederholt als genügend zur Begründung der Schadensforderung anerkannt, und namentlich hervorgehoben worden, daß das Liefern zur Zeit herabgesunkenen Marktpreises ganz dem Falle gleichstehe, wenn eine Sache nach eingetretenem Verzug in verschlechtertem Zustande geliefert werde. Ist aber das Fallen des Preises einer marktgängigen Waare nichts anderes, als eine durch Zufall herbeigeführte Werthverminderung der Sache selbst, und muß dieselbe in juristischer Beziehung der objectiven Werthverminderung ganz gleich gestellt werden,

vgl. v. Savigny, System. Bd. 6 S. 166, 227—231,

so ist der Satz keine Singularität für einzelne Geschäfte, sondern muß überall Anwendung finden, wo ein contractlicher Anspruch auf Herausgabe, Ablieferung, Zurückerstattung einer marktgängigen Waare besteht, und nach allgemeinen

Rechtsregeln eine Vergütung des Sachwerthes ganz oder theilweise an dessen Stelle tritt. Dies gilt unbedenklich auch vom Frachtcontract und dem ähnlichen Geschäften. Die Bezugnahme auf den Fall, daß Jemand über eine ihm bereits eigenthümlich gehörige auswärts lagernde Waare einen Frachtvertrag abschließen könne, wo ihn die Preisminderung in jedem Fall treffe, steht dem nicht entgegen; denn hat sich der Eigenthümer einer marktgängigen Waare deren Ablieferung an einem bestimmten Tag und Ort bedungen, so ist sein Interesse eben das, zu dieser bestimmten Zeit und an dem fraglichen Ort über die Waare verfügen zu können; und die Höhe dieses Interesses steht mindestens dem Marktpreise des Ortes und Tages gleich, da es bei richtiger Lieferung ganz ebenso in seiner Macht stand, denselben zu lösen, als wenn er Käufer der Waare gewesen wäre. Gleich unbegründet ist es, wenn die Wiederbeklagte meint, eine wesentliche Verschiedenheit vom Kaufgeschäft liege hier darin, daß es beim Frachtcontract völlig ungewiß bleibe, ob die Preisminderung der zu transportirenden Waare gerade dem Vertragsgläubiger — dem Absender oder dem die Rechte desselben ausübenden Destinatär — oder einem Dritten zum Nachtheil gereiche. Auch beim Kauf liegt nicht etwa die Gewißheit vor, daß das Geschäft für eigne Rechnung des Käufers eingegangen worden sei, und die Folgen desselben schließlich das eigne Vermögen des Käufers treffen. Der Käufer kann ebenso gut als Geschäftsführer oder Mandatar eines Dritten gekauft haben, und er ist darüber, wenn er einmal in eigenem Namen abschloß, seinem Verkäufer in keiner Weise Rechenschaft schuldig; wie dies denn auch in dem oben angeführten Präjudicat,

Ullberg & Cramér c. Heinemann (Hamb. Samml. a. a. O. S. 202 f.),

ausdrücklich anerkannt worden ist. Nicht anders verhält es sich bei dem, welcher im kaufmännischen Verkehr sich mittelst Frachtcontracts den Transport einer Sache versprechen ließ. Er hat dem Frachtführer gegenüber das vertragsmäßige Recht erworben, daß i h m die Sache und zwar ungemindert und

unversehrt, so, wie es die gehörige Ausführung des Contracts mit sich bringt, in die Hände geliefert werde. Ob er die Sache demnächst für sich selbst verwenden wird und zu verwenden befugt ist, oder ob er sie in Folge vorher übernommener Verpflichtung weiter an einen Andern abzuliefern hat, das ist für sein Verhältniß zum Frachtführer gleichgültig. Verwendung im eignen Interesse (wozu auch die beabsichtigte Schenkung an Dritte gerechnet werden muß) oder rechtliche Verpflichtung, die Sache einem Andern zu verschaffen, muß immer vorausgesetzt werden, weil der Transport sonst ein zweckloser wäre. Dadurch aber, daß der Promissar sich den Transport im eignen Namen ausbedang, hat er im Verhältniß zum Frachtführer das Interesse an der richtigen und unversehrten Lieferung der Sache unter allen Umständen zu seinem eigenen gemacht und braucht sich in dieser Hinsicht nicht erst noch durch den Nachweis seines Rechtsverhältnisses zur Sache besonders zu legitimiren. Wollte man da, wo der Frachtcontract für Rechnung eines Dritten geschlossen wurde, annehmen, es müsse dem Dritten überlassen bleiben, den Ersatzanspruch für Verlust oder Verschlechterung der Sache geltend zu machen, so würde dieser aus eigner Person auf die actio legis Aquiliae und deren besondere Voraussetzungen beschränkt sein. Soweit es auf eine darüber hinausgehende Entschädigung ankäme, also überall, wo der Frachtführer wegen eines contractlichen Verschuldens oder besonderen contractlichen Versprechens zu haften hätte, würde der dem dritten Interessenten gebührende Ersatz durch Cession der gegen den Frachtführer begründeten contractlichen Ansprüche vermittelt werden müssen. Die Cession setzt aber wieder voraus, daß der Entschädigungsanspruch zunächst in der Person dessen, der mit dem Frachtführer contrahirte, entstanden sei. Auf Grund dieser Erwägungen hat sich das Ober-Appellations-Gericht bereits in der Sache

Hamb. Bieber & Söhne c. Vos. Januar 1855 (Samml. Bd. 2 S. 953 ff.)

nicht bloß beim Kauf und den gleichstehenden Contracten, sondern allgemein und namentlich auch für den Fall des Frachtvertrages, dafür ausgesprochen, daß der Commissionär, welcher in eignem Namen contrahirte, die durch Vertragswidrigkeiten seines Mitcontrahenten dem Interesse des Committenten zugefügten Verletzungen seinerseits durch Anstellung der Entschädigungsklage geltend zu machen berechtigt sei, und es ist dies von

Zimmermann im Neuen Archiv des Handelsrechts Bd. 1 S. 48—82

noch näher begründet worden.

Auch in Ansehung der verschiedenen von der Wiederbeklagten hervorgehobenen Möglichkeiten, in denen trotz der Preisminderung ein wirklicher Schaden für den Gläubiger etwa nicht entsteht, verhält es sich beim Frachtcontract nicht anders, als beim Kaufcontract. Dies gilt namentlich von dem Fall, daß Jemand, der sich für Rechnung eines Dritten die Lieferung einer Waare vertragsmäßig gesichert hat, dem Dritten gegenüber eine erweiterte Lieferzeit ausbedungen haben und der Preis sich dann wieder gesteigert haben kann. Ebenso von dem Fall, wo Jemand eine Waare zwar für seine eigne Rechnung, aber nicht mit der Absicht sofortiger Verwendung (Consumtion, Verarbeitung, Weiterverkauf) bestellte; auch da kann sich der Nachtheil des verspäteten Empfanges, möge eine käufliche oder eine Frachtbestellung vorliegen, durch eine eintretende günstige Conjunctur ausgleichen. Ob da, wo besondere Thatsachen der Art wirklich vorliegen, sich an der Entschädigungspflicht des säumigen Lieferungspflichtigen etwas ändert, oder ob man sagen kann, der spätere Wechsel der Conjunctur komme ausschließlich auf Rechnung des Bestellers der Waare, das braucht hier nicht erörtert zu werden. Gewiß ist, daß, wenn in Folge des Verzugs bei gesunkenem Marktpreise geliefert wird, eben damit für diesen Zeitpunkt die Werthverminderung constatirt ist, der Empfänger also nichts weiter nachzuweisen braucht, die abstracte Möglichkeit einer späteren Beseitigung des Schadens

aber — und nur darauf hat sich die Wiederbeklagte berufen — überall nicht in Betracht kommt.

Mit der vorstehenden Auffassung stimmt übrigens auch das deutsche Handelsgesetzbuch (vergl. Art. 357 Abs. 3 Art. 395, 396, 405, 607, 612—614) im Wesentlichen durchaus überein, während es darin vom früheren Rechte abweicht, daß es gegen den Frachtführer, von böslicher Handlungsweise abgesehen, eine über den gemeinen Handelswerth (Marktpreis) hinausgehende Schadensliquidation versagt.

Es bleibt

2) die Frage übrig, ob der Einwand der Wiederbeklagten, ihre Entschädigungspflicht werde durch die concrete Sachlage ausgeschlossen, begründet sei. Auch dies war jedoch unbedenklich zu verneinen. Denn alles, worauf sich die Wiederbeklagte in dieser Hinsicht beruft, besteht darin, daß sowohl in den hier maßgebenden Eisenbahn-Reglements,

Vereins-Reglement § 25,

Special-Güter-Reglement p. 13,

nur vom Ersatz des vom Entschädigungsberechtigten „nachzuweisenden Schadens" die Rede sei, als auch in dem rechtskräftigen Handelsgerichts-Erkenntniß vom 7. März 1867 den Wiederklägern auferlegt worden sei, anzugeben, wie sie aus der behaupteten Verspätung ableiten wollten, daß sie einen Schaden, resp. einen die halbe oder ganze Fracht übersteigenden Schaden, erlitten hätten. Es leuchtet von selbst ein, daß durch die hier hervorgehobenen Ausdrücke die Frage, welche Thatsachen dazu gehören, um einen erlittenen Schaden vor Gericht genügend zu substantiiren, gar nicht berührt worden ist. Nach der obigen Ausführung wird durch den Nachweis des gesunkenen Marktpreises im vorliegenden Falle ein für die Wiederkläger entstandener Schaden vollständig dargethan.

Wenn hiernach die obergerichtliche Entscheidung abzuändern war, so bedurfte es noch

II. einer Prüfung der wieder auflebenden zweiten Beschwerde der Wiederbeklagten in voriger Instanz,

worin verlangt wurde, den in dem handelsgerichtlichen Erkenntniß vom 7. März 1867 sub 1, auferlegten Beweis nach jetziger Sachlage für wegfällig und deßhalb den vom Handelsgericht nunmehr normirten Eid, nebst der darüber der Wiederbeklagten auferlegten Erklärung, für überflüssig zu erklären.

Diese Beschwerde mußte indessen aus dem von den Wiederklägern im jetzigen Libell hervorgehobenen Grunde verworfen werden. Den Wiederklägern darf bei der Ungewißheit, ob sie gerade den behaupteten Preisstand vom 11. November 1865 werden erweisen können, die Befugniß nicht genommen werden, sich auf die Differenz zwischen dem Marktpreis des 7. und des 13. November zu stützen, sofern es ihnen durch den zugeschobenen Eid zu constatiren gelingt, daß ihnen die Waare schon am 7. November hätte geliefert werden müssen. Nur das formelle Bedenken könnte sich erheben, daß in dem handelsgerichtlichen Erkenntniß vom 7. März 1867 die Beweisauflage sub 1, nur mit der Eventualität in Verbindung gesetzt worden ist, daß die Wiederkläger einen die Hälfte der Fracht übersteigenden Schaden zu substantiiren im Stande sein sollten, nicht auch die andere, daß sie nur einen Schaden bis zur Höhe der halben Fracht liquidiren würden. Allein wenn man den Sinn und Zweck der damaligen Nebeneinanderstellung dieser Fälle erwägt, so läßt sich nicht bezweifeln, daß unter der ersteren Eventualität auch der Fall einer geringeren Schadens-Liquidation mit begriffen war. Es sollte offenbar nur bestimmt ausgedrückt werden, daß die Liquidation eines Schadens unter oder bis zur Hälfte der Fracht den Wiederklägern auch dann freistehe, wenn sie den Beweis sub 1, nicht erbringen könnten.

---

104. Lübeck.

Strafsache wider **Hermann Heinrich Rudolph Wegener,** die Ehefrau **Prüßmann** und die unverehelichte **Petersen** genannt **Abraham,** sämmtlich zu Lübeck, wegen Verbrechens wider die öffentliche Ordnung auf Grund des § 77 des Strafgesetzbuches.

---

1. Die Bestimmung der Lübeckischen Strafproceßordnung (Art. 250), wonach gegen obergerichtliche Verweisungserkenntnisse die Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellations-Gericht gestattet war, ist seit der Verordnung vom 18. März 1867, wodurch die unter dem 9. September 1865 erlassene Bekanntmachung, die Competenz des Ober-Appellations-Gerichts in Strafsachen betreffend, in Wirksamkeit gesetzt wurde, für aufgehoben zu achten.
2. Die Zurückweisung einer sich sofort als unstatthaft herausstellenden Nichtigkeitsbeschwerde darf ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen die oben genannten Personen wurde am Schluß der Voruntersuchung vom Staatsanwalt eine Anklage wegen Verleumdung erhoben und die vom Stadt- und Landgericht erkannte Verweisung zur Hauptverhandlung durch Obergerichts-Erkenntniß vom 6. November 1869 bestätigt. Der Mitangeklagte H. H. R. Wegener ergriff hiergegen die Nichtigkeitsbeschwerde. Dieselbe wurde jedoch durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 11. December 1869,

in Erwägung:

daß der Mitangeklagte Wegener gegen das Obergerichts-Erkenntniß vom 6. v. Mts., wodurch die Verweisung der

vorliegenden Strafsache zur Hauptverhandlung bestätigt worden ist, die Nichtigkeitsbeschwerde hierher ergriffen hat;

daß zwar nach der Strafproceßordnung vom 26. November 1862 Art. 250 (vergl. mit Art. 163, 233 und 240) gegen die vom Obergericht auf Appellation wider Verweisungserkenntnisse abgegebenen Entscheidungen die Nichtigkeitsbeschwerde an das Ober-Appellations-Gericht gestattet war, wie dies auch in einer früheren an dasselbe gelangten Strafsache,

s. Kierulff, Samml. der Entsch. des O.-A.-Ger. Bd. 1 S. 964,

anerkannt worden ist;

daß jedoch die auf Vereinbarung der Freien Städte beruhende Verordnung vom 9. September 1865, die Competenz des Ober-Appellations-Gerichtes in Strafsachen betreffend, in § 5 die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde der Regel nach auf den Fall eines von Schwurgerichten oder in zweiter Instanz von einem Obergericht abgegebenen Endurtheiles beschränkt, und sub 3 nur jeder der vereinigten Städte vorbehalten hat, die Nichtigkeitsbeschwerde auch gegen die von der Anklagekammer nach beendigter Untersuchung abgegebenen Erkenntnisse zu gestatten;

daß diese Competenzbestimmungen mittelst Verordnung vom 18. März 1867 für Lübeck in Wirksamkeit gesetzt worden sind, ohne daß in derselben oder in dem am nämlichen Tage publicirten Nachtrag zur Strafproceßordnung sich eine Vorschrift fände, wodurch von dem erwähnten Vorbehalt in § 5 sub 3 der Verordnung vom 9. September 1865 Gebrauch gemacht worden wäre, eine solche Vorschrift auch dadurch, daß in gedachtem Nachtrag der Art. 250 der Strafproceßordnung nicht ausdrücklich für abgeändert erklärt worden ist, um so weniger für ersetzt erachtet werden kann, als eine besondere Anklagekammer, von deren Erkenntnissen der Vorbehalt in § 5 sub 3 redet, der Lübeckischen Gerichtsorganisation fremd ist;

daß hiernach die obige Bestimmung der Strafproceßordnung als aufgehoben angesehen werden muß und Nichtigkeits-

beschwerden gegen obergerichtliche Verweisungs-Erkenntnisse überhaupt nicht mehr zulässig sind;

daß überdies, selbst wenn es sich hiemit anders verhielte, der einzige Nichtigkeitsgrund, auf welchen sich der Angeklagte in seiner der Einlegung des Rechtsmittels beim Obergericht beigefügten Rechtfertigung stützt, die Anklage sei wegen einer gesetzlich straflosen That erhoben worden, nach der unzweideutigen Fassung des § 7 sub 3 der Competenz-Verordnung vom 9. September 1865, wie des § 251 sub 1 b. der Strafproceßordnung, nur gegen ein endliches Strafurtheil, und nicht schon gegen Verweisungs-Erkenntnisse geltend gemacht werden kann;

daß im Fall sich sofort herausstellender Unstatthaftigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, wie das Ober-Appellations-Gericht bereits in der

Strafsache c. J. F. A. Egré, Mai 1869

angenommen hat, auf Grund des § 17 der Competenz-Verordnung vom 9. September 1865 die Zurückweisung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen darf;

als unstatthaft verworfen.

---

105. Hamburg.

Siegmund Heckscher und Genossen zu Hamburg, Querulanten, verweigerte Auskunftsertheilung, jetzt Nichtigkeit betreffend.

Ueber die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels hat regelmäßig der Richter zu entscheiden, dessen Erkenntniß in der Sache selbst verlangt wird.

Auf Ersuchen der Staatsanwaltschaft zu Arnstadt, welche wegen verbotenen Lotteriespiels gegen dort ansässige Personen

einschreiten wollte, ward vom Untersuchungsgericht zu Hamburg durch Vermittelung des dortigen Staatsanwalts eine Vernehmung mehrerer Hamburger Lotterie-Collecteure verfügt, welche in thüringer Blättern häufig den Verkauf von Loosen annoncirt hatten, und nunmehr über die Personen Auskunft geben sollten, welche in Arnstadt und Umgebung sich bei dem Ankauf von Loosen betheiligt hätten. Am 10. September 1869 erkannte das Untersuchungsgericht, da die Vorgeladenen sämmtlich die Auskunft verweigerten, daß dieselben auf Grund der Hamb. Strafproceß-Ordnung (§ 72) und des Bundesgesetzes über zu gewährende Rechtshülfe (§ 20) zur Abgabe der von ihnen verlangten Auskunft als Zeugen bei 5 ℳ Strafe anzuhalten seien. Am 16. September wiederum vorgeladen, verharrten die genannten Personen unter der Erklärung, daß sie gegen die Verfügung vom 10. September Widerspruch erhoben hätten, bei ihrer Weigerung und wurden nunmehr von dem Gericht in 5 ℳ Strafe genommen und bei 10 ℳ Strafe angehalten die Auskunft zu ertheilen, das weitere Verfahren jedoch bis zur Erledigung des eingewandten Rechtsmittels ausgesetzt. Diese Entscheidung ward den Querulanten am 20. September nach gehöriger Vorladung publicirt und auch dagegen ist ihrerseits Berufung an das Obergericht eingelegt, welches jedoch resp. unter dem 21. September und 4. October die Querulanten mit ihren Beschwerden zurückwies. Am 12. October fand sodann eine abermalige Vernehmung statt, in welcher einer der Vorgeladenen die Strafe bezahlte und zugleich die verlangte Erklärung mit Nichtwissen abgab, die übrigen jedoch wiederum bei ihrer Weigerung verblieben, und darauf unter Verurtheilung in 10 ℳ bei Strafe von 15 ℳ zur Auskunftsertheilung wiederholt angehalten wurden. Gegen dies am 19. October publicirte Erkenntniß ist Nichtigkeitsbeschwerde und eventuelle Appellation beim Obergerichte eingelegt, jedoch ohne Erfolg, denn Letzteres erkannte unter dem 8. November 1869, daß die Nichtigkeitsbeschwerde als unstatthaft und die Appellation als unbegründet zu verwerfen, das Erkenntniß

des Untersuchungsgerichts vom 19. October vielmehr lediglich zu bestätigen sei. Zur Rechtfertigung bemerkt das Obergericht in seinen Entscheidungsgründen das Folgende:

Nach der im Termin vom 12. October d. J. vor dem Untersuchungsrichter von den Comparenten abgegebenen Erklärung erweist sich das von den Appellanten unter Beobachtung der Formalien angefochtene Erkenntniß des Untersuchungsgerichts vom 16./19. October als die nothwendige und gesetzmäßige Consequenz des vom Obergericht bestätigten Erkenntnisses vom 16./20. September.

Von der jetzigen Ausführung der Appellanten ist

1) der Einwand, daß die Competenz des requirirenden Staatsanwaltes nicht constatirt und deßhalb die Vorschrift des § 16 des Bundesgesetzes betreffend Gewährung der Rechtshülfe unanwendbar sei, deßhalb hinfällig, weil im gegenseitigen Verkehr der Justizbehörden einer jeden die Präsumtion ihrer Zuständigkeit für die vorgenommene Amtshandlung zur Seite steht, und die Appellanten eine dahin gehende Behauptung, daß die eingegangene Requisition nach dem Landesgesetz des Fürstenthums Schwarzburg zu dem Geschäftskreise der dortigen Staatsanwaltschaft nicht gehöre, so wenig aufgestellt wie dargethan haben.

2) Das fernere Vorbringen widerlegt sich durch die Hinweisung darauf, daß es sich bei Ausführung der vorliegenden Requisition nicht um die in § 18. 23 der Strafproceß-Ordnung dem Staatsanwalt und den Polizeibehörden ertheilten Befugnisse zur Anstellung von vorgängigen Nachforschungen durch Auskunfts-Einziehung von Behörden, Acteneinsicht oder Erkundigungen mittelst der Polizeibeamten handelt, vielmehr um die den Gegensatz zu solchen Maßregeln bildende Vornahme einzelner Amtshandlungen des Untersuchungsrichters (vgl. § 37), nämlich die Vernehmung der Appellanten über die in der Requisition bezeichneten Fragen. Das Gleiche was desfalls in einem schon vorgeschrittenen Stadium der Voruntersuchung Rechtens wäre, muß selbstverständlich auch in Betreff der ersten Vernehmung gelten, falls mit einer

solchen das einzuleitende Verfahren begonnen sein sollte, worüber ausschließlich das auswärtige Gericht oder die requirirende Staatsanwaltschaft zu bestimmen haben kann. Das am 24. August aus Arnstadt an die hiesige Polizeiverwaltung gerichtete Schreiben wurde von dieser nach Eintritt der neuen Gesetzgebung dem Staatsanwalt überwiesen, von Letzterem in Gemäßheit § 14 des Verhältniß-Gesetzes dem Untersuchungsgericht zur directen Erledigung zugestellt, und ist die Legalität des hierauf vom Untersuchungsgericht beschlossenen Verfahrens bereits in den Erkenntnissen des Obergerichts vom 21. September und 4. October nachgewiesen.

3) Die Berufung auf § 254 und 255 der Strafproceß-Ordnung ist deßhalb ungehörig, weil diese Vorschriften bestimmen, wann gegen das in einer hiesigen Strafsache ergangene Endurtheil das dort behandelte Rechtsmittel Statt finde. Von den Rechtsmitteln in der Voruntersuchung ist die von den Appellanten rubricirte Nichtigkeitsbeschwerde und das darauf bezügliche Gesuch um Cassirung des Verfahrens der Gesetzgebung fremd. Die damit verbundene nach § 131 stattgehabte Appellation gegen das in 10 Thaler Strafe verurtheilende Erkenntniß hat in Folge ihrer rechtzeitigen Einlegung bei der untern Instanz aufschiebende Wirkung, und bei der Untrennbarkeit des übrigen Inhaltes des Erkenntnisses von jener Verurtheilung lag für das Obergericht keine Veranlassung vor, das Gesuch um Erlassung eines Einhaltsgebots abgesondert zu berücksichtigen.

Auf eingewandte Nichtigkeitsbeschwerde der Querulanten erkannte das Ober-Appellations-Gericht am 14. December 1869,

daß die wider das Erkenntniß des Obergerichts der freien Hansestadt Hamburg vom 8. November d. J. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde als unstatthaft zu verwerfen sei.

Die Querulanten werden in die Kosten gegenwärtiger Instanz verurtheilt, und soll das Obergericht um Eröffnung dieses Urtheils an die Querulanten ersucht werden.

Entscheidungsgründe.

Die Entscheidung über die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels steht nach allgemeinen Grundsätzen, welche bei dem Ober-Appellations-Gerichte in mannigfachen Richtungen zur Anwendung gebracht worden sind, dem Richter zu, dessen Erkenntniß in der Sache selbst verlangt wird; und insbesondere hat das Ober-Appellations-Gericht in Beihalt von § 17 des Competenzgesetzes vom 6. October 1865 bereits mehrfach in nicht öffentlicher Sitzung über die Statthaftigkeit von Nichtigkeitsbeschwerden in Strafsachen erkannt.

Die gegenwärtig wider das Erkenntniß des Obergerichts vom 8. November d. J. erhobene Nichtigkeitsbeschwerde mußte aber als unstatthaft verworfen werden, weil dasselbe nicht zu den in dem Competenz-Gesetz vom 30. April 1869 § 28 bezeichneten von dem Obergericht in zweiter Instanz erlassenen Endurtheilen gehört.

Zwar ist gedachtes Erkenntniß in einer Strafsache offensichtlich ergangen. Auch läßt sich nicht verkennen, daß über die Verpflichtung der Beschwerdeführer, auf Ersuchen des Staatsanwaltes in Arnstadt in Bezug auf ein von diesem zu veranlassendes Criminalverfahren Auskunft zu ertheilen, endlich entschieden worden ist. Allein zunächst kann schon darüber Zweifel erhoben werden, ob die ergangene Verfügung als Ausfluß der richterlichen Thätigkeit, oder als Ausfluß der Disciplinargewalt des Richters, ob sie als Urtheil oder nur als Bestätigung einer Verfügung des Richters sich auffassen lasse, ob mithin eine Nichtigkeitsbeschwerde hiegegen überhaupt in dem Willen der Gesetzgebung gelegen habe.

Vgl. Martin, Crim.-Proc. 4 A. § 105 Note 4, § 114 Note 7.

Jedenfalls aber mußte als entscheidend angesehen werden der Umstand, daß das Verfahren, betreffend die Vernehmung der Beschwerdeführer in Hamburg, nicht als ein selbstständiges daselbst ergangenes Verfahren, sondern nur als vorbereitende Incidentsache für ein etwaiges dereinstiges Strafverfahren im Fürstenthum Rudolstadt angesehen werden darf. Wenn aber dies der Fall ist, so mußte, nach dem Bundesgesetz, betreffend

die Gewährung der Rechtshülfe §§ 20 und 38, das ergangene Erſuchungsſchreiben in gleicher Weiſe behandelt werden, wie wenn es von einer einheimiſchen Behörde ausgegangen wäre. Alsdann aber konnte es keinem Zweifel unterliegen, daß die Zuſtändigkeit des Ober-Appellations-Gerichts in Anſehung einer bei ihm erhobenen Nichtigkeitsbeſchwerde ausſchließlich nach den in Abſchnitt X. §§ 133 bis 135 der Criminal-Proceß-Ordnung feſtgeſtellten Grundſätzen zu beurtheilen iſt. Da nun hier mit keiner Silbe des von den Beſchwerdeführern ergriffenen Rechtsmittels Erwähnung geſchieht, Rechtsmittel aber wider richterliche Verfügungen nur als Ausfluß poſitiver Rechtsnormen zu betrachten ſind, und ohne deren Vorhandenſein nicht zugelaſſen werden dürfen, ſo folgt daraus die Verwerflichkeit der erhobenen Nichtigkeitsbeſchwerde von ſelbſt. Auch erhält dieſe Auffaſſung eine namhafte Unterſtützung durch die in der Criminalproceß-Ordnung bei dem analogen Fall einer Auskunftsverweigerung in der Hauptbandlung aufgeſtellten Rechtsnormen;

vgl. § 152 und 153 d. Crim.-Proc.-Ordn.

Ergab ſich nun aus dem Vorſtehenden die formelle Unſtatthaftigkeit des Rechtsmittels mit voller Entſchiedenheit, ſo bedurfte es keiner weiteren Entſcheidung der Frage, ob die Nichtigkeitsbeſchwerde auch um deswillen hätte verworfen werden müſſen, weil ſie gegen den Inhalt eines bei dem Obergerichte in zweiter Inſtanz ergangenen Endurtheils gerichtet iſt.

Vergl. § 252 Abſ. 2 der Crim.-Proc.-Ordn.

Schließlich war noch hervorzuheben, daß die Nichtvernehmung eines Gegners nie ein formelles Hinderniß für den ſofortigen Erlaß eines die Unſtatthaftigkeit der Nichtigkeitsbeſchwerde ausſprechenden Erkenntniſſes abzugeben vermag; wenngleich dann, wenn ein beſtimmter Gegner vorhanden iſt, der Regel nach deſſen Erklärung nach § 16 zu fordern iſt.

---

106. Lübeck.

Heymann Lipstadt und **J. Lion** zu Lübeck, Kläger, wider **J. G. F. Lessow** zu Düchelsdorf, Beklagten, Forderung aus einem Hypothekwechsel, jetzt geführten Beweis betreffend.

Den Klägern war rechtskräftig der Beweis auferlegt worden, daß das Accept auf dem von ihnen eingeklagten Hypothekwechsel mit Genehmigung des Beklagten geschrieben sei. Am Schluß des Beweisverfahrens (beiderseits Zeugenbeweis) erkannte das Handelsgericht am 14. Januar 1869 auf einen Erfüllungseid der Kläger, das Obergericht am 4. März auf einen Reinigungseid des Beklagten. Die letztere Entscheidung wurde durch Urtheil des Ober-Appellations-Gerichts vom 16. December 1869, namentlich mit Rücksicht auf die bessere Wissenschaft des Beklagten, bestätigt. Die Gründe bieten kein allgemeines Interesse dar.

---

107. Hamburg.

J. H. B. Reinecke zu Hamburg, Kläger, wider **Dr. G. Hachmann** daselbst, m. n. **Heinr. J. Ohlendorff**, Beklagter, Beseitigung einer Grenzplanke betreffend.

Beklagter, der des Klägers Nachbar ist, hatte eine zwischen den beiderseitigen Grundstücken befindliche Hecke wegreißen und an deren Stelle eine 18 Fuß hohe Planke setzen lassen, deren Wegnahme, resp. Wiederherstellung nunmehr von dem Kläger aus dem Grunde verlangt wird, weil die Hecke ge-

meinschaftliches Eigenthum gewesen sei, auch ein unzulässiger Reidbau vorliege, und jedenfalls gewohnheitsrechtlich auf dem Landgebiet eine über 8 Fuß hohe Planke nicht gestattet sei.

1) Das Niedergericht erkannte am 25. Januar 1869, Beklagter habe die Höhe der Planke auf 8 Fuß zu reduciren, wegen seines weiter gehenden Anspruchs aber habe Kläger sein Miteigenthum an der fraglichen Hecke nachzuweisen.

In den Gründen wird bemerkt, Kläger sei, wenn er den Beweis seines von ihm zunächst geltend gemachten Miteigenthums an der Hecke erbringe, allerdings berechtigt zu verlangen, daß Beklagter durch Herstellung einer neuen Ersatz leiste für das von ihm verletzte Miteigenthum des Klägers an der beseitigten früheren Hecke. Ob die Errichtung der 18 Fuß hohen Planke ein unzulässiger Neidbau sei, könne dahin gestellt bleiben, weil dieser Klagegrund, da ein erhebliches Interesse des Beklagten an der Errichtung der Planke zum Schutze seines Gartens im Allgemeinen anerkannt werden müsse, immer doch nur zur Beseitigung der ungewöhnlichen Höhe der Planke führen könne. In dieser Beziehung aber sei dem Kläger darin beizustimmen, daß, abgesehen von besonderen contractlichen Vereinbarungen, eine 8 Fuß übersteigende Höhe nachbarlicher Grenzplanken unstatthaft sei. Schon immer habe sich die allgemeine Ansicht in Hamburg dahin geneigt, daß man gegen den Willen des Nachbars die landesübliche Höhe der Grenzplanken von 8 Fuß nicht überschreiten dürfe, und nachdem diese Höhe durch § 67 des Bau-Polizei-Gesetzes für die Stadt gesetzliche Anerkennung gefunden habe, erscheine es unbedenklich, dieselbe Norm auch außerhalb der Stadt, wo hohe Grenzbefriedigungen noch unzuträglicher seien, als eine gewohnheitsrechtliche in Anwendung zu bringen.

2) Das Obergericht erkannte am 14. Mai 1869, Kläger müsse neben dem ihm in erster Instanz auferlegten Beweis auch noch cumulativ oder alternativ nachweisen,

1) daß nach einem für den betreffenden Theil des Landgebietes bestehenden Gewohnheitsrechte die zwischen zwei Grundstücken errichteten Grenzplanken — abgesehen von besonderen contractlichen Vereinbarungen — die Höhe von 8 Fuß nicht übersteigen dürfen, und

2) daß die in Rede stehende Grenzplanke in der gegenwärtigen Höhe nur zu seinem, des Klägers, Verdruß vom Beklagten errichtet worden sei.

Beide Beweise könnten nicht entbehrt werden. Denn die Existenz eines Gewohnheitsrechtes, wonach Grenzplanken — abgesehen von contractlichen Vereinbarungen — im Landgebiete die Höhe von 8 Fuß nicht überschreiten dürften, sei noch nicht als feststehend anzunehmen, auch nicht abzusehen, wie aus der gesetzlichen Regulirung dieses Verhältnisses für die Stadt und Vorstädte durch das Gesetz vom Jahre 1865 die Entstehung einer damit übereinstimmenden gewohnheitsrechtlichen Norm für das Landgebiet abgeleitet werden könne. Und was die Behauptung eines Neidbaus anlange, so liege in Betreff der dabei in Betracht kommenden faktischen Verhältnisse bis jetzt keine Gewißheit vor, namentlich darüber, in wie fern durch den klägerischen Wirthschaftsbetrieb für das beklagtische Grundstück eine besondere Belästigung herbeigeführt werde, zu deren Beseitigung etwa eine besondere Höhe der Planke erforderlich sei.

3) das Ober-Appellations-Gericht bestätigte das vorige Erkenntniß unter dem 18. December 1869 aus den folgenden

Entscheidungsgründen.

Der Kläger verlangt mittelst seiner ersten Beschwerde, ihrer Fassung nach eventuell, ihrem Inhalt nach aber zuvörderst die sofortige Anerkennung seines Miteigenthums an der fraglichen Hecke, also eine Verurtheilung des Gegners in Gemäßheit der Klagbitte. Allein dieses Verlangen mußte schon um deswillen zurückgewiesen werden, weil, wie weit man auch immer die Befugniß einer Partei, welche zu einem von dem Gegner angefochtenen und zu dessen Gunsten von

dem zweiten Richter abgeänderten Erkenntniß in dessen Instanz geschwiegen hat, ausdehnen mag, in dritter Instanz auf den Inhalt des in erster Instanz enthaltenen processualischen Materials zurückzukommen, deren Anträge, wie auch das Ober-Appellations-Gericht bereits in

Hamb. S. Clason & Bles w. Zschocke, 26. Febr. 1841 pag. 3, 4,

ausgesprochen hat, doch nie über den Inhalt des ersten Erkenntnisses hinausgehen dürfen. Hiernach waren die abwegigen Ansichten beider Theile, des Klägers: daß der Beweis seines Miteigenthums bereits erbracht, und des Beklagten: daß die erhobene Klage abzuweisen sei, weil deren Gegenstand, die Hecke, nicht mehr existire, einer eingehenden materiellen Beurtheilung nicht zu unterziehen.

Die der Wortfassung nach principale Beschwerde des Klägers, mittelst welcher die Herstellung der in dem ersten Erkenntniß verordneten Erniedrigung der Planke bis zur Höhe von 8 Fuß verlangt wird, war eben so zu verwerfen, wie die zweite Beschwerde des Beklagten in jetziger Instanz, mittelst welcher eine Beseitigung des von dem Obergerichte über ein in der fraglichen Gegend des Landgebiets vorhandenes Gewohnheitsrecht von dem betreffenden Inhalt dem Kläger auferlegten Beweises beantragt wird.

Denn weder in dem gemeinen noch in dem hamburgischen geschriebenen Rechte ist der von dem Kläger zu seinem Gunsten in Anspruch genommene Rechtssatz zu finden, und die Berufung auf den „gemeinen Menschenverstand," welcher lehre, daß auf dem Lande ein Bedürfniß nach Luft und nach Aussicht in ungleich höherem Maße vorhanden sei, als in den Städten, vermag ihn so wenig zu schaffen, wie die Bezugnahme auf die Vorlagen des Senates an die Bürgerschaft, betreffend die baulichen Beschränkungen in dem fraglichen Gebiet. Denn darüber, ob das künftige Gesetz bestehendes Recht feststellen oder neues einführen soll, geben die vorliegenden Acten keine Auskunft. Nur soviel ist ohne Weiteres klar, daß die für die Stadt gegebene Bauordnung und mithin auch deren § 67 nicht ohne Weiteres auf das Land

angewendet werden dürfen. Ob aber möglicherweise das vor und bei Erlaß dieses Gesetzes gesammelte Material zur Führung des dem Kläger auferlegten Beweises verwendet werden könne, darüber läßt sich zur Zeit kein Urtheil fällen. Soviel aber ist zweifellos, daß der gedachte von dem Kläger mit Bestimmtheit behauptete Rechtssatz Diesem zum Beweise verstellt werden mußte, indem weder die Möglichkeit, daß er im Anschluß an den gedachten § 67 sich gebildet habe, noch die Möglichkeit, daß er überhaupt vorhanden und nur für die Stadt bisher gesetzlich fixirt sei, sich in Abrede stellen läßt, und zwar um so weniger, als in Deutschlands besonderen Rechten eine bunte Mannigfaltigkeit derartiger gesetzlicher Eigenthumsbeschränkungen anzutreffen ist.

Anlangend schließlich die erste Beschwerde des Beklagten in gegenwärtiger Instanz, betreffend die von dem Obergerichte in Ansehung des Neidbaues dem Kläger gemachte Beweisauflage, so liegt zunächst darüber, daß in der Errichtung einer Planke von 8 Fuß Höhe ein Neidbau nicht enthalten sei, Einstimmigkeit der vorderen Erkenntnisse vor; indem das Niedergericht, welches die Erniedrigung der Planke auf 8 Fuß verfügte und hiemit die Neidbaufrage für erledigt erklärte, dadurch ohne Weiteres ausgesprochen hat, daß in der Errichtung einer Planke von gedachter Höhe kein Neidbau zu finden sei; das Obergericht aber, indem es in der Beweisfassung der gegenwärtigen Höhe gedenkt, in Beihalt seiner Gründe damit übereinstimmt. Ebenso zweifellos ist es andererseits, daß, soweit die Erhöhung der Planke über 8 Fuß in Frage kommt, die Beruhigung des Klägers bei dem ersten Erkenntniß die Beweisauflage des Obergerichts nicht ausschließt. Denn das Niedergericht hat den Neidbau nicht vollständig beseitigt, sondern über dessen Annahme in der Höhe über 8 Fuß sich nicht ausgesprochen.

In materieller Beziehung waren hiefür zunächst die Rechtssätze zu befolgen, welche das Ober-Appellations-Gericht in den Hamb. Sachen

Bruns w. Weyland, Octbr. 1822, und

Siemers w. Catterinussi, 28. März 1840. (Samml. N. F. № 22, Seuffert, Archiv Bd. 10 № 222),

als Inhalt des gemeinen Rechtes in Hamburg anerkannt hat. In factischer Beziehung dagegen erhellt aus den von dem Beklagten sowohl in seiner Vernehmlassung aufgeführten wie in der Duplikenschrift vermehrten Darstellung derjenigen Momente, aus welchen hergeleitet wird, daß die in Rede stehende Planke in ganz erheblicher Weise den Nutzen des beklagtischen Grundstückes fördere — bei welchen Ausführungen der Beklagte in den höheren Instanzen verblieben ist —, soviel, daß, wenn die gedachten Momente wahr sind, von dem Vorhandensein eines Neidbaues überall nicht die Rede sein kann. Nun werden dieselben aber von dem Kläger in der Replik bestritten, und über die duplikarischen weiter gehenden Aufstellungen hat sich der Kläger nicht genügend erklärt. Da nun aber über die von den Parteien, und zwar von einer Jeden zu ihren Gunsten, in Bezug genommene Localbesichtigung aus den Acten nichts erhellt, so ergiebt sich daraus, daß über die Frage, ob ein Neidbau vorhanden sei, eine endliche Entscheidung zur Zeit sich nicht fällen läßt, und mithin auch in dieser Beziehung das Obergerichts-Erkenntniß bestätigt werden mußte.

Die Vergleichung der Kosten gegenwärtiger Instanz ist eine Folge der Verwerfung der beiderseitigen Beschwerden.

Hamburg. 108.

Otto Fried. Behrens & Pluns zu Hamburg, mand. noie **Ferd. Carstens** in Bergen, Kläger, wider **H. H. Holtermann** zu Hamburg, Beklagten, Forderung jetzt geführten Beweis betreffend.

In dieser Sache handelt es sich um das Resultat einer Beweisführung in Betreff der Empfangbarkeit zweier von dem klägerischen Vollmachtgeber an den Beklagten abgesandten

Parthieen Heringe. Durch handelsgerichtliches Erkenntniß vom 27. Mai 1869 ward der Beweis der Kläger im Uebrigen für verfehlt erklärt und denselben aufgegeben, sich über die von ihnen reservirte Eideszuschiebung zu erklären. Das Obergericht erkannte dagegen am 2. Juli 1869 auf einen von den Klägern zu leistenden Ergänzungseid. Auf Appellation des Beklagten stellte jedoch das Ober-Appellations-Gericht das erste Erkenntniß unter dem 22. December 1869 wieder her. Die Mittheilung dieses Erkenntnisses, in welchem es sich lediglich um die Beurtheilung von Zeugen- und Sachverständigen-Aussagen handelt, ist ohne allgemeineres Interesse.

---

109. Bremen.

Gerhard Griesmeyer in Bremen, Liquidant, wider **Bensen & Plate** Concurs-Curator daselbst, Liquidat, Forderung betreffend.

---

1. Beweislast, wenn eine Darlehnsobligation geltend gemacht wird, und der Gläubiger einräumt, statt der verbrieften Summe, oder eines Theiles derselben, andere Gegenstände, z. B. Wechsel, gegeben zu haben, welche der Schuldner zu Geld machen sollte, um den Erlös als Darlehn zu behalten.

2. Anwendung des § 1 der Bremischen Verordnung vom 25. August 1848, wonach für Forderungen aus Handelsgeschäften unter Kaufleuten kein Pfandrecht an beweglichen Sachen, mit Ausnahme des Faustpfandes, ertheilt werden kann.

Rechtsfall. G. Griesmeyer liquidirte im Concurs von Bensen & Plate 2500 ℔ Gold aus einer notariell beglaubigten und die Bestellung eines allgemeinen Pfandrechtes

enthaltenden Darlehnsobligation der Gemeinschuldner vom 11. Januar 1868. Der Concurscurator bestritt, daß überhaupt ein baares Darlehn gegeben worden sei; vielmehr seien Bensen & Plate dem Liquidanten für gelieferte Tabacke eine Summe schuldig gewesen und hätten durch Wechselgeschäfte, wobei der Liquidant betheiligt gewesen, Geld zu schaffen gesucht. Da jedoch ihre Verhältnisse immer mißlicher geworden, habe der Liquidant Sicherstellung verlangt, und zu diesem Zweck sei dann die Obligation ausgestellt worden. Hiernach bestehe keine Darlehnsforderung und das Pfandrecht sei überdies nach § 1 der Verordnung vom 25. August 1848 ungültig. Der Liquidant replicirte, daß ein Theil der Summe baar als Darlehn gegeben worden sei, für den andern Theil (worüber eine nähere Berechnung aufgestellt wurde) habe er den Schuldnern Wechsel gegeben, die sie zu Geld umgesetzt und deren Betrag sie der Verabredung gemäß als Darlehn behalten hätten.

1) Die Obergerichts-Commission

erkannte am 8. Mai 1869, die Darlehnsforderung von 2500 ℛ (nebst Zinsen bis zum Concurs) mit Generalhypothek werde im Uebrigen für an sich liquid erkannt, bezüglich des angeblich in Wechseln gegebenen Betrages von 1136 ℛ 5 Gr. habe jedoch der Liquidant zu beweisen:

> daß die Obligation für die aus dem Verkauf der Wechsel von den Falliten bei Ausstellung der Obligation bereits realisirten oder noch zu realisirenden Baarbeträge mit ausgestellt sei, und daß und wann aus dem Verkauf der Wechsel zusammen 1136 ℛ 5 Gr. oder wieviel weniger an die Falliten gekommen seien.

Dem Concurscurator wurde der Beweis nachgelassen:

> daß keinerlei Geld oder doch wieviel weniger als 1363 ℛ 67 Gr. auf die Obligation an die Falliten von Griesmeyer ausbezahlt worden sei;

sowie für einen späteren Termin der fernere Beweis:

daß diese Forderung ganz oder zu einem wie großen Theile aus Handelsgeschäften im Sinne der Verordnung vom 25. August 1848 hervorgegangen sei.

Der Liquidant appellirte und beschwerte sich hauptsächlich: einmal, daß er hinsichtlich des Betrages von 1136 ₰ 5 Gr. überhaupt noch mit einem Beweise belastet und daß nicht vielmehr dem Concurscurator nur der Beweis des Gegentheils nachgelassen worden sei; sodann daß die Einrede aus der Ungültigkeit der Pfandbestellung nach der Verordnung vom 25. August 1848 nicht gänzlich verworfen worden sei. Auf dieses Rechtsmittel, sowie auf eine Adhäsion des Concurscurators erließ

2) das Obergericht

unter dem 2. September 1869 ein durchgängig bestätigendes Erkenntniß.

Der Liquidant ergriff weitere Berufung, wiederholte seine vorigen Beschwerden und bat, da die Einlegung der Appellation um einen Tag zu spät erfolgt war, um Restitution wegen Verschuldung des Anwalts an dieser Versäumniß.

3) Das Ober-Appellations-Gericht

erklärte jedoch durch Urtheil vom 23. December 1869 die Appellation für desert und verwarf das Restitutionsgesuch, da den von den früheren Richtern in der Sache selbst gegebenen Entscheidungsgründen im Wesentlichen beizutreten sei, wegen mangelnder Läsion.

Hamburg. 110.

Dr. G. Gloy zu Hamburg mand. nom. **Adelheid Wellmann** geb. Ramschütz daselbst, Querulant, die Zurückführung der Wellmannschen Kinder zu deren Vater, jetzt Justizverweigerung betreffend.

In Folge ehelicher Zwistigkeiten hatte Adelh. Wellmann die Wohnung ihres Mannes zu Hamburg verlassen, ihre drei minderjährigen Kinder mitgenommen und sich nach Schwerin begeben. Als der Mann ihren dortigen Aufenthalt erfahren hatte, verfügte auf seinen Antrag der Präses des Niedergerichtes die Zurückführung der Kinder zum Vater, ließ auch diesen Beschluß unter Mitwirkung des dazu requirirten Schweriner Gerichts zur Vollziehung bringen, obwohl inzwischen Frau Wellmann mittelst einer gegen ihren Mann angestellten Besitzklage die vorläufige Beibehaltung ihrer Kinder verlangt hatte. Frau Wellmann reichte deßhalb eine Beschwerde beim Obergericht ein, worin sie beantragte, die Verfügung des Niedergerichts-Präses zu cassiren, die Kinder vorerst ihr wieder zurückzugeben und bis zu ausgemachter Sache bei ihr zu belassen. Inzwischen hatte sich die Vormundschafts-Deputation veranlaßt gesehen, den Kindern zur Wahrnehmung ihres Interesses in diesem Streit Vormünder zu bestellen, und unter Bezugnahme hierauf erklärte das Obergericht durch Decret vom 17. December 1869 jene Beschwerde-Anträge für erledigt. Die hiergegen, ohne vorgängige Remonstration beim Obergericht, ergriffene einfache Beschwerde an das Ober-Appellations-Gericht wurde durch Urtheil vom 24. December 1869, unter Bezugnahme auf

Blume, O.-A.-Ger.-Ordn. S. 31 Not. d.,

sowie darauf, daß das obergerichtliche Decret, indem es die Anträge des Querulanten als erledigt angenommen, mit an-

dern Worten als durch die veränderte Sachlage gegenstandslos geworden erklärt habe, sich als eine auf Rechtsgründe gestützte richterliche Verfügung darstelle (vergl. Bd. 2 S. 69, Bd. 3 S. 778 der gegenwärtigen Sammlung), als unstatthaft zurückgewiesen.

---

111. Hamburg.

Dr. Ludwig Haller zu Hamburg, Substitut des Fiskals als Staatsanwalts in Preßprocessen, Ankläger, wider **Oscar Franz Reimann,** Angeklagter daselbst, wegen Preßvergehen, jetzt Recusation des Obergerichtes betreffend.

Erkenntniß des Ober-Appellations-Gerichts vom 28. Dec. 1869,

daß der Angeklagte, wie hiemit geschieht, mit dem gegen das Obergericht der freien Hansestadt Hamburg angebrachten Recusationsgesuche zuzulassen und daher das Obergericht nach geschlossener Verhandlung über die gegen das Niedergerichts-Erkenntniß vom 10. April und den vorausgegangenen Bescheid vom 15. März ergriffenen Rechtsmittel, zu deren weiterer Ausführung dem Angeklagten noch eine peremtorische Frist von 6 Wochen vorzuberaumen ist, die in dieser Sache ergangenen Acten, zum Behufe eines im Namen des Obergerichts über die gedachten Rechtsmittel abzufassenden Erkenntnisses, an ein deutsches Spruchcollegium zu versenden habe.

Die Kosten des durch die Recusation veranlaßten Verfahrens werden compensirt, und sollen nunmehr die eingesandten Acten an das Obergericht remittirt werden.

Entscheidungsgründe.

Es kann

A. keinem Zweifel unterliegen, daß der Angeklagte einen Spruch des Obergerichts über die incriminirten Artikel in № 32, 33 und 38 der „Hamburger Montagsnachrichten“ von 1868, in welchen das Niedergericht, in Uebereinstimmung mit der Anklage, einen nach Art. 15 des Preßgesetzes strafbaren Angriff auf das Obergericht selbst gefunden hat, ablehnen kann. Das Ober-Appellations-Gericht hat sich wiederholt darüber ausgesprochen, daß, nach gemeinem Rechte, der Angeklagte berechtigt sei, einen Richter zu recusiren, der in die Lage gekommen ist, über eine gegen ihn selbst verübte und nicht bloß disciplinarisch zu ahndende, sondern zum Gegenstande eines förmlichen Strafverfahrens gewordene Ehrenkränkung urtheilen zu sollen:

Fiscal w. Wurmb. 1844 (Hamb. Samml. I. p. 292),

Fiscal w. Hübbe. 1858,

Unterſ. w. Dr. Winterhoff. 1865 (Kierulff, Samml. I. p. 763).

Nach Hamburgischem Partikularrechte bestand freilich früher eine Ausnahme von diesem Grundsatze in Betreff solcher Schmähungen, die wider den Senat verübt waren und, nach Art. IV. des Hauptrecesses von 1712, von diesem selbst bestraft werden sollten. Allein diese Bestimmung ist durch das Preßgesetz Art. 15, 16 gänzlich in Wegfall gekommen:

Heckscher w. Dr. Heise als Staatsanwalt für Preßprocesse 1850,

cit. Sache Fiscal w. Hübbe;

und es bedarf daher keiner näheren Nachweisung, daß sie — wenn sie noch bestände — nach der heutigen Justiz-Organisation (Ges. vom 28. Septbr. 1860) jedenfalls auf gegen das Obergericht verübte Beleidigungen nicht mehr anwendbar sein würde.

Aus der in Beziehung auf die drei namhaft gemachten Artikel begründeten Recusationsbefugniß des Angeklagten folgt aber weiter,

B. daß derselbe berechtigt ist, das Obergericht in der ganzen vorliegenden Strafsache abzulehnen. Denn jene drei

43*

Artikel stehen mit den übrigen Anklagepunkten, jedenfalls wenigstens nach der jetzigen Proceßlage, in einem untrennbaren Zusammenhange. Nicht allein hat der Ankläger in der Anklageschrift nur einen, die in sämmtlichen incriminirten Artikeln gefundenen Vergehen zusammenfassenden Strafantrag gestellt, sondern es hat auch, dem entsprechend, das Niedergericht wegen derjenigen Artikel, die es seiner Cognition unterzogen und in denen es ein Vergehen gefunden hat — wohin jene drei unter A. erwähnten, gegen das Obergericht gerichteten Artikel gehören — eine einzige Strafe erkannt und bei Ausmessung dieser Strafe insbesondere darauf Gewicht gelegt, daß „die strafbaren Artikel in ihrer Gesammtheit das während einer Reihe von Monaten fortgesetzte gewissenlose Bestreben des Angeklagten bekunden, das Heilige zu entweihen, durch dreiste in den Tag hinein erhobene Verdächtigungen das Vertrauen zu den Behörden systematisch zu untergraben und die unbemittelten Classen der Bevölkerung gegen die Begüterten aufzuhetzen." Es handelt sich also nicht um eine bloß formelle Zusammenstellung verschiedener Vergehen, sondern um einen materiellen zwischen sämmtlichen incriminirten Artikeln angenommenen Zusammenhang, welcher mit zur Cognition des Oberrichters steht. Eine Trennung der Dijudicatur in zweiter Instanz, dergestalt, daß über jene drei Artikel an Stelle des Obergerichts ein anderer Richter, über die übrigen das Obergericht selbst zu urtheilen hätte, erscheint unter solchen Umständen ganz unmöglich.

vgl. die cit. Sache Fiscal w. Hübbe.

Muß hiernach dem Recusationsgesuche seinem ganzen Umfange nach entsprochen werden, so folgt daraus

C. von selbst, daß die bisherigen Verfügungen des recusirten Richters, soweit sie in die Sache selbst eingehen, beziehungsweise der künftigen Entscheidung derselben in irgend einer Art präjudiciren, als wirkungslos hinwegfallen; wogegen ein Gleiches von den rein proceßleitenden Decreturen desselben nicht gilt; es vielmehr der Natur der Sache und der Praxis des Ober-Appellations-Gerichts entspricht, daß die

Instruction der Sache zum Spruche Rechtens dem recusirten Richter verbleibt. Gründe, um eine Ausnahme von diesem Principe eintreten zu lassen, liegen gegenwärtig nicht vor. Es war also bei der seitherigen obergerichtlichen Decretur im Allgemeinen zu belassen und nur, unter Beseitigung des dem Angeklagten im Decrete vom 27. April d. J. angedroheten Rechtsnachtheils, demselben für die weitere Ausführung und Begründung seiner Beschwerden eine neue Frist — wie im Urtheile geschehen — vorzubehalten. — Im Uebrigen genügte es, dem bisher vom Ober-Appellations-Gerichte regelmäßig befolgten Verfahren entsprechend, die Versendung der Acten an ein deutsches Spruchcollegium zur Abfassung des Erkenntnisses im Namen des Obergerichts zu verfügen, die zu diesem Zwecke erforderlichen Schritte aber dem Obergerichte zu überlassen.

Die Kosten des durch die Recusation veranlaßten Verfahrens waren, nach der Praxis des Ober-Appellations-Gerichts, zu vergleichen.



Namen-Register
zum Jahrgang 1869.

(Die Zahlen weisen auf die Nummern der Sache hin.)

Alphabetisches Sachregister

zum Jahrgang 1869.

(Die Zahlen bezeichnen die Seite.)

A.

C.

D.

E.

H.

K.

L.

Q.

R.

T.

U.

W.

Z.

Näher berührte Gesetzesstellen.

Lübeck.

Hamburg

Bremen.

Druck von H. G. Rahtgens in Lübeck.


Digitized by Google

